



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale a Ciclo Unico in Giurisprudenza

'FINE PENA MAI':
IL C.D. ERGASTOLO OSTATIVO
TRA DIRITTO INTERNO E GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE EDU

Relatore:

Chiar.mo Prof. Emilio DOLCINI

Correlatore:

Chiar.mo Prof. Angela DELLA BELLA

Tesi di Laurea di:

Simone FUNGARDI

Matr. n. 759888

Anno Accademico 2013-2014

Ai miei genitori

“Nulla dies sine linea”

(PLINIO IL VECCHIO, Storia Naturale, 35)

INDICE ANALITICO

Indice analitico	I
Introduzione	1

CAPITOLO I

ERGASTOLO: EVOLUZIONE STORICA E DISCIPLINA NORMATIVA

1. Origine ed evoluzione della pena perpetua.....	6
1.1. La nascita dell'ergastolo e il diritto comune.....	7
1.2. Dalla pena di morte alla carcerazione a vita: il pensiero di Cesare Beccaria	9
1.3. Dal codice Zanardelli al codice Rocco.....	11
1.4. La Costituzione repubblicana e i successivi interventi di adeguamento normativo.....	17
2. Il regime attuale della pena dell'ergastolo.....	19
2.1. L'ergastolo come pena principale e l'ambito applicativo.....	19
2.2. Contenuto.....	21
2.2.1. La liberazione condizionale.....	21
2.2.2. L'isolamento nell'ergastolo.....	24
2.2.3. Le modalità esecutive nella disciplina dell'ordinamento penitenziario.....	28
2.2.4. L'art. 4- <i>bis</i> ord. penit.: l'ergastolano non collaborante (rinvio).....	32
2.3. Le pene accessorie.....	32
2.4. Cause di estinzione del reato e della pena.....	34
2.5. Il giudizio abbreviato e la conversione dell'ergastolo in pena temporanea..	38
3. Profili di politica criminale: efficacia generalpreventiva e proposte di abolizione dell'ergastolo.....	42
3.1. Il referendum abrogativo del 1981.....	43
3.2. Il progetto Gonella.....	44

3.3. Il progetto Riz.....	45
3.4. Il progetto Grosso.....	46
3.5. Il progetto Nordio.....	48
3.6. Il progetto Pisapia.....	48
3.7. La commissione Palazzo.....	51
3.8. Le proposte di legge in discussione.....	53
4. Dati statistici	53

CAPITOLO II

PROFILI DI INCOSTITUZIONALITA' DELLA PENA PERPETUA

1. Introduzione al problema.....	59
2. Le teorie della pena.....	60
2.1. La teoria retributiva.....	60
2.2. La teoria generalpreventiva.....	61
2.3. La teoria specialpreventiva.....	63
3. Pena, rieducazione e Costituzione.....	64
4. Ergastolo e principio rieducativo.....	66
4.1. L'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 16 giugno 1956.....	67
4.2. Le critiche all'ordinanza.....	69
4.3. La sentenza 264/1974 della Corte costituzionale.....	71
4.4. (Segue): La polifunzionalità della pena.....	72
4.5. (Segue): La liberazione condizionale come condizione di compatibilità dell'ergastolo con la Costituzione.....	76
4.6. La sentenza 274/1983 della Corte Costituzionale e l'evoluzione del concetto di reinserimento sociale.....	79
5. Il carattere fisso dell'ergastolo.....	83
6. La presunta incostituzionalità dell'art. 22 c.p. per disparità di trattamento tra ergastolani.....	91

7. Ergastolo e divieto di trattamenti inumani.....	91
8. Applicabilità dell'ergastolo al minore imputabile.....	93
9. Il c.d. <i>ergastolo ostativo</i> : questioni di costituzionalità di una pena effettivamente perpetua (rinvio).....	99

CAPITOLO III

L'ERGASTOLO OSTATIVO

1. Introduzione.....	100
2. La legislazione penitenziaria dell'emergenza.....	101
3. Il divieto di concessione dei benefici penitenziari: l'art. 4- <i>bis</i> ord. penit.....	102
3.1. L'evoluzione normativa.....	102
3.2. La configurazione attuale.....	106
4. I reati della criminalità organizzata e le forme di collaborazione.....	111
4.1. I reati ostativi di prima fascia (art. 4- <i>bis</i> ord. penit. co. 1 e 1- <i>bis</i>).....	111
4.2. La collaborazione utile.....	112
4.3. La collaborazione irrilevante o impossibile.....	116
4.3.1. La <i>probatio diabolica</i> dell'assenza del vincolo associativo.....	121
4.4. Il significato della collaborazione.....	122
4.4.1. Premialità e prevenzione generale.....	123
4.4.2. Premialità e prevenzione speciale.....	125
4.4.3. Art. 4- <i>bis</i> ord. penit.: collaborazione e rieducazione. L'intervento della Corte costituzionale.....	127
5. Il c.d. <i>ergastolo ostativo</i> : disciplina.....	131
5.1. Il permesso di necessità <i>ex</i> art. 30 ord. penit.: un istituto di umanizzazione della pena per gli ergastolani non collaboranti.....	133
5.2. Ergastolo, liberazione condizionale e la preclusione dell'art. 4- <i>bis</i> ord. penit.....	135
5.2.1. La sentenza 135/2003 della Corte costituzionale: la collaborazione "oggettivamente esigibile" e il comportamento del condannato.....	137

5.2.2. La successiva giurisprudenza di legittimità in tema di ergastolo.....	140
5.3. Alcuni dati statistici.....	143
5.4. Le critiche all'ergastolo ostativo.....	145
5.4.1. La scelta di non collaborare.....	146
5.4.1.1. (Segue): Una scelta non sempre sintomo di appartenenza all'associazione.....	146
5.4.1.2. (Segue): Il rischio di una pena inumana per l'ergastolano.....	149
5.5. La parola agli ergastolani non collaboranti. La “pena di morte viva”.....	152
5.6. Una proposta per superare l'ergastolo ostativo. La Commissione Palazzo.....	159
5.7. Ergastolo ostativo e ordinamento penitenziario: una proposta <i>de iure condendo</i>	165

CAPITOLO IV

ERGASTOLO SENZA LIBERAZIONE CONDIZIONALE: LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

1. Ergastolo senza liberazione condizionale: una questione sovranazionale.....	167
2. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.....	169
2.1. Rango e vincolatività della CEDU in Italia.....	170
3. La giurisprudenza della Corte Edu in materia di ergastolo senza liberazione condizionale.....	174
3.1. Il <i>leading case</i> : la sentenza <i>Kafkaris c. Cipro</i>	174
3.2. La sentenza <i>Vinter e altri c. Regno Unito</i> : un primo passo verso una diversa sensibilità.....	179
3.3. <i>Vinter e altri c. Regno Unito</i> : il <i>revirement</i> della Corte Edu.....	184
3.3.1. Il <i>diritto alla speranza</i> : la <i>concurring opinion</i> del giudice Power- Forde.....	189
3.4. La conferma del nuovo orientamento nella sentenza <i>Öcalan c. Turchia</i>	190
4. L'applicazione di questi principi alle procedure di estradizione.....	192

4.1. Estradizione e pena dell'ergastolo senza liberazione condizionale: la sentenza <i>Harkins e Edwards c. Regno Unito</i>	193
4.2. Un nuovo atteggiamento in materia di estradizione dopo la sentenza <i>Vinter</i> della Grande Camera. La sentenza <i>Trabelsi c. Belgio</i>	196

Conclusioni	199
--------------------------	-----

Bibliografia	209
---------------------------	-----

Ringraziamenti	228
-----------------------------	-----

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di esaminare, attraverso l'analisi della disciplina normativa e della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, la compatibilità della pena dell'ergastolo con i principi costituzionali e convenzionali relativi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

In particolare, l'attenzione si è concentrata sui rapporti tra la pena dell'ergastolo e l'art. 4-*bis* ord. penit. riguardante le preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale per alcuni tipi di reati, per lo più di matrice associativa, in assenza di collaborazione con la giustizia.

Nel corso della tesi, si è cercato di mettere in evidenza come il combinato disposto degli artt. 22 c.p. e 4-*bis* ord. penit. determini una conseguenza estremamente gravosa per il condannato all'ergastolo, poiché in assenza di collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. non può usufruire di nessuna misura penitenziaria extramuraria, compresa la liberazione condizionale.

Questo fenomeno viene chiamato dalla dottrina e dalla giurisprudenza *ergastolo ostativo* in quanto la situazione di ergastolano non collaborante osta alla concessione dei suddetti benefici. Da qui l'impegno di verificare se un simile trattamento penitenziario possa essere compatibile con la Costituzione e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Nello svolgimento del lavoro di ricerca, si è dapprima cercato di contestualizzare la pena dell'ergastolo partendo dalle sue origini storiche analizzando l'istituto nel diritto romano e nel periodo del diritto comune.

Successivamente è stata analizzata la disciplina normativa dell'ergastolo senza rinunciare a proporre alcune considerazioni di carattere politico-criminale in merito alla sua efficacia generalpreventiva e specialpreventiva, elencando inoltre i più importanti progetti di legge susseguitesi nell'arco di più di quarant'anni, che hanno cercato di modificare la disciplina dell'ergastolo proponendo spesso la sua definitiva abrogazione o sostituzione in pena detentiva temporanea.

Per meglio illustrare quanto sopra esposto, ci si è avvalsi del supporto di alcuni dati statistici riportati in grafici che mostrano il rapporto tra la popolazione carceraria condannata e i condannati all'ergastolo; l'andamento del numero degli ergastolani dal 2004 al 2014; la nazionalità degli ergastolani con rapporto percentuale di stranieri rispetto agli italiani.

Una volta esaminata la disciplina normativa, nel secondo capitolo si è proceduto con l'analisi dei profili di incostituzionalità della pena perpetua passando in rassegna la giurisprudenza più rilevante in materia.

In particolare, ci si è soffermati sull'ordinanza della Corte di Cassazione del 1956 che respinse per la prima volta la questione di legittimità dell'ergastolo con il principio rieducativo sancito dall'art. 27 co. 3 Cost., dichiarando infondata la relativa eccezione di incostituzionalità.

Si sono inoltre esposte le più importanti sentenze della Corte costituzionale in relazione alla legittimità dell'ergastolo con il principio rieducativo. Su tutte, la storica sentenza 264/1974, che ha dichiarato la compatibilità dell'ergastolo con la Costituzione grazie all'istituto della liberazione condizionale, e che ancora adesso è il perno per giustificare una pena perpetua all'interno del nostro ordinamento.

Un altro possibile profilo di contrasto della pena dell'ergastolo con la Costituzione, si è rilevato a proposito del carattere fisso dell'ergastolo e anche in questo caso non si sono trascurate le conclusioni a cui è giunta la Corte costituzionale con la sentenza 50/1980.

Per finire, si è visto come l'ergastolo possa creare problemi di costituzionalità sotto il profilo del divieto di pene contrarie al senso di umanità. Nello specifico, le norme di riferimento analizzate sono l'art. 27 co. 3, prima parte e l'art. 3 CEDU, norma avente rango subcostituzionale per effetto dell'art. 117 co. 1 Cost.

I primi due capitoli costituiscono la premessa necessaria per affrontare la questione centrale di questo elaborato, affrontata nel terzo capitolo.

In questa parte si è inizialmente dato ampio spazio al concetto di collaborazione con la giustizia richiesto dall'art. 4-*bis* ord. penit. per accedere ai benefici penitenziari e alle altre misure alternative alla detenzione.

Si è messo in evidenza come la collaborazione utile, consistente nella condotta del condannato di supporto all'autorità giudiziaria per evitare conseguenze ulteriori del delitto e per raccogliere elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti, non sia l'unica forma di condotta che permetta di esimersi dal regime preclusivo dell'art. 4-*bis* ord. penit. Infatti i benefici penitenziari possono anche essere concessi qualora la collaborazione risulti irrilevante o impossibile.

Inoltre si è visto come divergano in dottrina le opinioni circa gli effetti generalpreventivi e specialpreventivi delle legislazioni premiali.

Nella seconda parte del terzo capitolo si è parlato ampiamente dell'ergastolo ostativo, partendo dalle norme di riferimento (art. 22 c.p., art. 4-*bis* ord. penit, art. 2 co. 1 d.l. 152/1991).

Anche in questo caso, attraverso l'analisi della giurisprudenza, si sono aggiunte preziose considerazioni in merito alla compatibilità dell'ergastolo ostativo con il principio rieducativo.

L'analisi della sentenza 135/2003 della Corte costituzionale, che ha affermato la legittimità dell'ergastolo ostativo considerando *relative* le preclusioni dell'art. 4-*bis* ord. penit. poiché superabili in ogni momento dal condannato con la condotta collaborativa, è stata affrontata con spirito critico, cercando di tenere in considerazione alcune ipotesi ove richiedere la collaborazione con la giustizia al condannato risulta complesso.

Si è cercato di tenere in considerazione un'importante proposta di modifica dell'art. 4-*bis* ord. penit. avanzata dalla Commissione Palazzo nell'ottobre 2013.

Essa aveva lo scopo di trasformare l'attuale disciplina della mancata collaborazione da *presunzione assoluta* a *presunzione relativa* di insussistenza dei requisiti che consentono al detenuto l'accesso ai benefici penitenziari. Come si vedrà tale proposta costituirà uno spunto prezioso per sviluppare alcune riflessioni in merito alla legittimità dell'ergastolo ostativo.

Nel prosieguo della trattazione, si è cercato di affrontare il tema del rapporto tra divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti ed ergastolo ostativo, con un approccio metodologico di tipo comparatistico, prendendo in esame le più importanti sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione alla legittimità convenzionale dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale e di una particolare legislazione, quella turca, molto simile all'ergastolo ostativo italiano. Si è inoltre visto, in questa sede, come qualcuno ipotizzi un vero e proprio *diritto alla*

speranza di poter uscire dal carcere per tutti i detenuti, compresi gli ergastolani che non possono accedere alla liberazione condizionale.

Questi principi vengono poi applicati anche alle procedure di estradizione laddove ci sia un concreto pericolo per il detenuto di subire, nello Stato richiedente l'extradizione, pene non conformi agli standard convenzionali.

L'elaborato ha come filo conduttore la legittimità dell'ergastolo ostativo in relazione ai due profili già citati: principio rieducativo e principio di umanità della pena. Nel cercare in tal senso una soluzione coerente con il sistema normativo, abbiamo avuto l'opportunità di arricchire il presente lavoro attraverso un'esperienza empirica di contatto diretto con alcuni ergastolani in regime di art. 4-*bis* ord. penit.

E' stato possibile, grazie all'associazione Ristretti Orizzonti che opera nella Casa di Reclusione di Padova, partecipare a un *focus group* sull'ergastolo a confronto con cinque ergastolani ostativi e di poter effettuare un'intervista ad un ergastolano (l'intervista, come si vedrà, è stata integralmente riportata nel capitolo III).

L'esperienza è servita a toccare con mano la vita di un ergastolano ostativo, comprendere le angosce di reclusi che hanno sul loro certificato di detenzione la dicitura "fine pena mai" o "fine pena anno: 9999", certi che stante la loro non collaborazione mai più gli sarà consentito di uscire dal carcere, ma anche intimamente aperti alla speranza che prima o poi la loro voce esca da quelle mura, le grida di detenuti desiderosi di accettare il principio di rieducazione e di reinserimento nella società, pronti ad accettare di scontare una giusta pena per gli efferati delitti commessi, ma che sia temporalmente definita.

CAPITOLO I

ERGASTOLO: EVOLUZIONE STORICA E DISCIPLINA NORMATIVA

SOMMARIO: 1. Origine ed evoluzione storica della pena perpetua. – 1.1. La nascita dell'ergastolo e il diritto comune. – 1.2. Dalla pena di morte alla carcerazione a vita: il pensiero di Cesare Beccaria. – 1.3. Dal codice Zanardelli al codice Rocco. – 1.4. La Costituzione repubblicana e i successivi interventi di adeguamento normativo. – 2. Il regime attuale della pena dell'ergastolo. – 2.1. L'ergastolo come pena principale e l'ambito applicativo. – 2.2. Contenuto. – 2.2.1. La liberazione condizionale. – 2.2.2. L'isolamento nell'ergastolo. – 2.2.3. Le modalità esecutive nella disciplina dell'ordinamento penitenziario. – 2.2.4. L'art. 4-*bis* ord. penit.: l'ergastolano non collaborante (rinvio). – 2.3. Le pene accessorie. – 2.4. Cause di estinzione del reato e della pena. – 2.5. Il giudizio abbreviato e la conversione dell'ergastolo in pena temporanea. – 3. Profili di politica criminale: efficacia generalpreventiva e proposte di abolizione dell'ergastolo. – 3.1. Il referendum abrogativo del 1981. – 3.2. Il progetto Gonella. – 3.3. Il progetto Riz. – 3.4. Il progetto Grosso. – 3.5. Il progetto Nordio. – 3.6 Il progetto Pisapia. – 3.7. La Commissione Palazzo. – 3.8. Le proposte di legge in discussione. – 4. Dati statistici.

1. Origine ed evoluzione storica della pena perpetua.

L'ergastolo, nella concezione odierna, è la pena comportante la perpetua restrizione della libertà personale¹.

E' la pena più severa contemplata dal nostro ordinamento dopo l'abolizione della pena di morte² e viene comminata dal legislatore per reati particolarmente gravi

¹ P. FIORELLI, voce *Ergastolo*, *Premessa storica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Giuffrè, 1966, p. 223.

² La pena di morte è stata abolita con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana il 1 gennaio 1948. Essa uscì di scena anche nelle leggi penali militari con la legge 13 ottobre 1994, n. 589, mentre nel 2007, con la legge costituzionale 2 ottobre 2007 n. 1, è stato modificato l'art. 27 co. 4 Cost., con la

e che destano allarme sociale quali i delitti contro la personalità dello stato, i delitti contro l'incolumità pubblica e i delitti contro la persona.

Non sempre però, nei secoli antecedenti, la parola *ergastolo* ha avuto lo stesso significato. Per meglio comprendere l'attuale configurazione della pena perpetua è utile volgere uno sguardo alla sua origine ed evoluzione storica.

1.1. La nascita dell'ergastolo e il diritto comune.

La parola ergastolo deriva dal sostantivo greco *ἐργαστήριον*, rielaborazione del verbo *ἐργάζομαι* cioè "lavorare". Successivamente la parola venne tradotta in lingua latina come *ergastulum* ossia il luogo di lavoro forzato dove il proprietario teneva in catene, per punizione, quegli schiavi ritenuti infedeli, incorreggibili o facinorosi³. Dunque, nel diritto romano, l'ergastolo consisteva in una restrizione di libertà con obbligo di lavoro con importanti risvolti privatistici essendo uno strumento di punizione a favore del privato proprietario di schiavi.

L'obbligo del lavoro era una caratteristica imprescindibile dell'ergastolo, che è stata tramandata fino a tempi più recenti⁴.

Per lungo tempo non mutò il significato della parola ergastolo, rimanendo quello dell'antica Roma, e durante il Medioevo non ci furono significative condanne ai lavori forzati perché mancava un'organizzazione centrale e di tipo statale a cui

soppressione delle parole «se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra». Eliminando così la possibilità di reintrodurre la pena di morte con lo strumento della legge ordinaria.

³ Q. BOSIO - C. TIMO, *Art. 22 c.p.*, in G. MARINI - M. LA MONICA - L. MAZZA (a cura di), *Commentario al codice penale*, Torino, 2002, p. 306.

⁴ L'art. 22 c.p. stabilisce l'obbligatorietà del lavoro per il condannato alla pena dell'ergastolo.

potessero tornare utili, ma è proprio in questo periodo che assistiamo ai primi significativi sviluppi verso la concezione odierna di ergastolo come carcerazione a vita.

Una prima spinta in tal senso viene dalla Chiesa medievale che utilizza la parola ergastolo per identificare una particolare forma di carcerazione, dove assumeva un ruolo principale la segregazione perpetua e non il lavoro, ma l'ozio forzato⁵.

Alcune fonti canoniche certificano la nuova conformazione dell'ergastolo⁶. I condannati venivano rinchiusi in *ergastula* a fare perpetua penitenza dei loro peccati, con la sola possibilità di accostarsi alla comunione in punto di morte.

La finalità della pena dell'ergastolo nell'ordinamento ecclesiale, era quella di recuperare e rieducare il condannato peccatore attraverso una misura estrema come l'isolamento perpetuo, con la possibilità di sperare in una futura liberazione in caso di espiazione e perdono ottenuto.

L'ergastolo, nell'accezione di pena perpetua, fu una peculiarità del regime penitenziale della Chiesa che rimase estraneo agli ordinamenti secolari, dove il carcere era solamente uno strumento di custodia del condannato, non una pena⁷.

A questo proposito è interessante richiamare un passo del giudice milanese del XVI secolo Giulio Chiari nella sua *Practica Criminalis*⁸: “La pena del carcere perpetuo non è in uso presso i laici, loro avevano mezzi più sbrigativi: la mannaia, la

⁵ P. FIORELLI, voce *Ergastolo*, *Premessa storica*, *op. cit.*, p. 224

⁶ Un canone del Concilio di Toledo del 675 stabiliva la pena perpetua per i sacerdoti che avevano emesso sentenze di condanna a morte e a mutilazione. Invece un canone del Concilio di Trebur del 895 stabiliva che venissero rinchiusi negli *ergastula* i religiosi che erano venuti meno al voto di castità.

⁷ Cfr. ULPIANO, *D.* 48, 19, 8, 9. “*Carcer... ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*”.

⁸ I. MEREU, *Note sulle origini della pena dell'ergastolo*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 2, 1992, p. 95.

forca, lo squarciamento, l'attanagliamento con cesoie infuocate nelle diverse parti del corpo e, per i delitti minori, l'amputazione di una mano o di entrambe per il furto, il taglio della lingua per la bestemmia, l'esposizione in berlina, ecc., queste erano le pene normali. L'ergastolo, invece, come segregazione perpetua, a pane e acqua, in qualche convento sperduto, era una specialità che la Chiesa usava allorché non riteneva necessario condannare un eretico al rogo.”

Anche negli Statuti comunali, la carcerazione ricopriva un ruolo marginale rispetto ad altre pene come quelle corporali, quelle pecuniarie e la pena capitale.

La pena carceraria a vita era considerata un qualcosa di fuori dall'ordinario perché una condanna di questo tipo ad un uomo libero sarebbe stata equivalente a riduzione in schiavitù. Essa rimaneva, cioè, una pena marginale riservata ai condannati per delitti sessuali, politici che, nel caso concreto, risultavano meritevoli di una punizione particolarmente rigorosa, senza però arrivare alla pena di morte.

Tra il XVIII e il XIX secolo, le correnti illuministiche contro la pena di morte portarono a valutarne l'abolizione, e questo costrinse i teorici a pensare ad una pena altrettanto afflittiva e retributiva che potesse sostituirla. Il carcere a vita era la soluzione più idonea in tal senso.

1.3. Dalla pena di morte alla carcerazione a vita: il pensiero di Cesare Beccaria.

Un posto di rilievo nel dibattito illuminista sull'abolizione della pena di morte lo occupa sicuramente l'opera di Cesare Beccaria *Dei delitti e delle pene*.

Beccaria contestava l'efficacia generalpreventiva della pena di morte, sostenendo che è la privazione perpetua della libertà, il timore di una reclusione a

vita a svolgere una maggiore efficacia deterrente rispetto a una pena terribile e istantanea⁹. L'autore sostiene che non è l'intensità della pena che fa maggior effetto sull'animo umano, quanto piuttosto la sua estensione¹⁰.

Beccaria riassume in questa frase il fulcro della sua teoria sulla prevenzione generale: “Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che divenuto bestia di servizio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti”¹¹.

Il giurista milanese sosteneva inoltre che la pena capitale potesse suscitare compassione nell'opinione pubblica dando la percezione di una giustizia ingiusta e crudele¹², che svaluta il bene vita, anziché sensibilizzare al suo rispetto, per l'evidente contraddizione che corre tra il divieto di uccidere e la minaccia della privazione della vita.

Un altro argomento a favore dell'abolizione della pena di morte era la sua irreversibilità, infatti c'era il pericolo che si verificassero errori giudiziari e che venisse inflitta la pena nei confronti di un innocente¹³.

⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973, p. 72. “ Chi dicesse che la schiavitù perpetua è dolorosa quanto la morte, e perciò egualmente crudele, io risponderò che sommando tutti i momenti infelici della schiavitù, lo sarà forse anche di più: ma questi sono stesi sopra tutta la vita, e quella esercita tutta la sua forza in un momento: ed è questo il vantaggio della pena di schiavitù, che spaventa più chi la vede, che chi la soffre; perché il primo considera tutta la somma dei momenti infelici, ed il secondo è dall'infelicità del momento presente distratto dalla futura. Tutti i mali s'ingrandiscono nell'immaginazione.”

¹⁰ Cfr. C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 70.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 553.

¹³ Si veda A. RANIERI, *Abolizione della pena di morte in Italia*, Napoli, 1883, p. 28, dove nel parere sullo schema del nuovo Codice penale richiesto dal Ministro della giustizia per il Consiglio

E' da queste considerazioni che l'ergastolo si proponeva quale immediato sostituto della pena capitale, con il quale si poteva garantire una maggior efficacia generalpreventiva e un'efficacia specialpreventiva in termini di neutralizzazione quasi pari all'esecuzione capitale, oltre che rappresentare una pena più umana e giusta.

1.4. Dal codice Zanardelli al codice Rocco.

Nel 1889 entra in vigore il nuovo codice penale, il primo dell'Italia unita, che prende il nome dell'allora guardasigilli Zanardelli.

E' durante il periodo che precedette l'emanazione del nuovo codice penale unitario, che prese vigore la discussione sull'abolizione della pena capitale, infatti dopo l'unità d'Italia venne esteso a tutto il Regno il codice penale preunitario del Regno di Sardegna, che prevedeva la pena di morte, ciò però con l'esclusione del Granducato di Toscana nel quale rimaneva in vigore il codice toscano del 1853 che aveva da tempo abolito la pena di morte¹⁴.

Questa situazione di doppia vigenza alimentò il dibattito tra gli abolizionisti e i sostenitori della pena di morte.

Un ruolo rilevante all'interno di questo confronto dialettico era ricoperto dalla Scuola Classica, con il suo più importante esponente, il lucchese Francesco Carrara.

L'autore rifiuta apertamente la pena di morte ritenendola non necessaria perché

dell'ordine degli avvocati di Napoli, l'autore sostiene che essendo la pena di morte irreparabile, la sua attuazione presuppone un'improbabile infallibilità dell'uomo.

¹⁴ Il Codice Leopoldino di riforma della legislazione criminale toscana abolì la pena di morte. il Granducato di Toscana fu il primo stato al mondo ad abolire formalmente la pena di morte.

contraria alla “legge di natura” che è volta alla conservazione della vita umana e non alla sua distruzione¹⁵.

A parere del Carrara, la possibilità di poter rinchiudere a vita il reo che rende illegittima e contro natura la pena capitale. Tuttavia l’unico caso in cui la pena di morte è ammissibile è quello in cui il mantenimento in vita del condannato sia “attualmente incompatibile con la conservazione di altri esseri uguali”¹⁶.

Carrara, schierandosi apertamente contro la pena capitale, riteneva preferibile e assolutamente legittimo il carcere *sine die* poiché non toglieva la vita al reo limitandosi a una restrizione della sua libertà.

Il codice Zanardelli, dai rilevanti connotati liberali, recepisce molte istanze provenienti dalla Scuola Classica, tra cui l’abolizione della pena di morte e la previsione della pena dell’ergastolo come massima pena, riaffermando alcuni dei principi garantistici di ascendenza illuministica¹⁷.

Prima dell’entrata in vigore del codice penale unitario del 1889, l’ergastolo era previsto dal codice toscano così come modificato nel 1860 (art. 13 e 15), nel codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819 (art. 3 e 7) e nel codice criminale per gli stati estensi del 1855 (art. 10 e 16) e consisteva nella reclusione perpetua del condannato in un luogo determinato con speciali discipline per il lavoro. Presentato nei lavori preparatori come l’immediato sostituto della pena capitale, l’ergastolo,

¹⁵ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte generale, vol. II*, Lucca, 1877, p. § 661 “ci troviamo alla conseguenza di negare la potestà di uccidere; perché la legge di natura è legge essenzialmente conservatrice.”

¹⁶ F. CARRARA (scritti di), *Contro la pena di morte*, Milano, 2001, p. 238. L’autore, qui, fa riferimento alla legge di natura, ove sarebbe possibile uccidere solo in presenza di una contestuale attuale pericolo per un’altra vita umana. E’ una delle prime teorizzazioni sul concetto moderno di legittima difesa.

¹⁷ E. DOLCINI, voce *Codice Penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche, vol. II*, 1988, p. 275.

previsto dall'art. 11, diventa la massima pena del codice Zanardelli e si configura come una pena dall'elevata severità¹⁸ e avente un rilevante ambito applicativo¹⁹.

Le modalità di esecuzione della pena si rivelavano anch'esse molto rigide e severe. Era previsto un periodo di segregazione cellulare continua per i primi sette anni con l'obbligo del lavoro, decorso il quale, vi era un secondo periodo in cui la segregazione in cella era solamente notturna e il condannato veniva ammesso al lavoro con altri carcerati con l'obbligo del silenzio²⁰. Il passaggio dal primo al secondo periodo avveniva *ope legis*, in modo da eliminare tutte le incertezze che si sarebbero verificate se questo passaggio fosse stato subordinato ad un giudizio dell'autorità penitenziaria.

La condanna all'ergastolo comportava una serie di pene accessorie tra le quali: la pubblicazione della sentenza di condanna nel Comune ove è stata pronunciata, in quello dove è stato commesso il delitto e quello in cui il condannato

¹⁸ G. ZANARDELLI, *Progetto del codice penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti. Relazione ministeriale*, libro I, in *Atti parlamentari della Camera dei Deputati*, Roma, 1887, p. 36.

¹⁹ La pena dell'ergastolo si applicava ai seguenti reati: attentato contro l'integrità, l'indipendenza o l'unità dello Stato; macchinazioni dirette a promuovere ostilità o guerre contro lo Stato italiano, ovvero a favorire le operazioni militari di uno Stato in guerra con lo Stato italiano, con intento raggiunto; attentato contro il Re, la Regina, il Principe ereditario, o il reggente durante la reggenza; parricidio; omicidio premeditato; omicidio per solo impulso di brutale malvagità, ovvero con gravi sevizie; omicidio col mezzo dell'incendio, inondazione, sommersione o altro dei delitti contro l'incolumità pubblica; omicidio per preparare, facilitare o consumare un altro reato, benché questo non sia avvenuto; omicidio commesso immediatamente dopo un altro reato, per assicurarne il profitto o per non essersi potuto conseguire l'intento propostosi ovvero per occultare il reato o sopprimere le tracce o le prove, o altrimenti per procurare l'impunità a sé o ad altri.

²⁰ A. ASCHIERI, voce *Ergastolo* in *Il digesto italiano*, vol. X, Torino, 1898, p. 518.

aveva l'ultima residenza²¹; l'interdizione perpetua dai pubblici uffici; l'interdizione legale; la perdita della patria potestà e dell'autorità maritale; l'incapacità di testare e la nullità del testamento redatto prima della condanna.

Il codice prevedeva poi la possibilità di sostituire l'ergastolo con la reclusione a trenta anni, nel caso di riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche²².

L'ergastolo aveva lo scopo principale di ridurre la distanza tra drasticità della pena capitale e le più miti pene detentive temporanee²³ e anche nella Relazione per la commissione senatoria venne ribadita dal giurista Enrico Pessina la maggior efficacia generalpreventiva dell'ergastolo rispetto alla pena di morte, come aveva sottolineato Beccaria più di cent'anni addietro: "con l'estremo supplizio sparisce il delinquente e dopo pochi anni ne è perduta la memoria; quando, per l'opposto, la sofferenza che massima perdura nella pena perpetua, accompagnando tutta la vita ulteriore del delinquente, è esempio che rimane nella coscienza di tutti indelebilmente scolpito"²⁴.

Qualche decennio dopo l'entrata in vigore del codice del 1889 una serie di fattori portarono il legislatore a ripensare alla soluzione contenuta nel Codice Zanardelli. L'esigenza di riformare un codice penale relativamente giovane, si spiegava con l'avanzata dei totalitarismi in Europa e con il generale aumento della criminalità. Non solo: la mitezza delle pene, il trattamento dei soggetti prosciolti per infermità mentale, e l'ampiezza dei presupposti applicativi della liberazione

²¹ Per Beccaria la pubblicità è uno dei caratteri essenziali della pena ed è giusto che rimanga obbligatoria per la condanna all'ergastolo.

²² A. ASCHIERI, voce *Ergastolo*, *op. cit.*, p. 521.

²³ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 2, 1992, p. 79 ss.

²⁴ O. VACCA, *Evoluzione del pensiero criminologico sulla pena di morte (Da Cesare Beccaria al Codice Zanardelli)*, Napoli, 1984, p. 283.

condizionale, venivano aspramente criticati dai positivisti²⁵.

In Italia risale al 1925 l'avvio della riforma Rocco con l'approvazione della legge che delegava il governo a modificare il codice penale allora in vigore²⁶. Il percorso legislativo durò cinque anni e il 19 ottobre 1930 venne promulgato il codice Rocco²⁷, caratterizzato dal drastico inasprimento delle risposte sanzionatorie e dall'aumento delle fattispecie incriminatrici²⁸²⁹. Al vertice del sistema delle pene, il codice del 1930, aveva reintrodotta la pena di morte, espressione simbolica molto forte dell'ideologia totalitaria, per i delitti più gravi contro la personalità dello Stato e la vita dei cittadini.

A difesa della reintroduzione della pena di morte, nella Relazione al Re si affermano come inderogabili le esigenze di prevenzione generale (“intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio”), le esigenze soddisfatorie (“perché la soddisfazione che il sentimento pubblico ricava dall'applicazione della pena evita vendette e rappresaglie”) ed esigenze di prevenzione speciale sottolineando il

²⁵ E. DOLCINI, voce *Codice Penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, 1988, pp. 277-278.

²⁶ L. 2260/1925.

²⁷ Dal nome del Ministro della Giustizia, Alfredo Rocco. Il codice venne pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 26 ottobre 1930 ed entrò in vigore il 1 luglio 1931.

²⁸ E. DOLCINI, voce *Codice Penale*, *op. cit.*, p. 282. “Concorrono a produrre tale effetto, da un lato, i meccanismi di parte generale (doppio binario, nuova disciplina del concorso di reati, delle circostanze, della recidiva); dall'altro, nella parte speciale, il largo impiego della pena di morte e dell'ergastolo, nonché generalizzati aumenti delle pene edittali nel minimo e nel massimo”.

²⁹ Il 9 novembre 1926, prima che il progetto Rocco potesse diventare legge, Benito Mussolini presentò alla Camera un progetto di legge denominato *Provvedimenti per la difesa dello Stato*. In esso era prevista la reintroduzione della pena di morte. Il progetto, approvato in tempi brevissimi (19 novembre dello stesso anno), prevedeva all'art. 1 che: “Chiunque commette un fatto diretto contro la vita, l'integrità o la libertà personale del Re o del Reggente è punito con la morte. La stessa pena si applica, se il fatto sia diretto contro la vita, l'integrità o la libertà personale della Regina, del Principe ereditario o del Capo del Governo” (l. 281/1926).

carattere eliminativo³⁰.

Nei fatti, peraltro, la pena rimase poco applicata.

Inoltre, era previsto un largo impiego dell'ergastolo, anch'esso valido strumento di generalprevenzione, di repressione e di neutralizzazione.

La disciplina dell'ergastolo subì alcune modificazioni nel regime esecutivo. Venne eliminato l'isolamento diurno e il condannato che avesse scontato almeno 3 anni di pena era ammesso al lavoro all'aperto³¹.

Contestualmente al codice Rocco fu riformato il sistema carcerario con la promulgazione del Regio Decreto n. 787 del 1931 (il c.d. Regolamento Rocco).

Il condannato era ammesso *ope legis* alla vita in comune, una volta concluso l'eventuale periodo di segregazione in cella, salvo l'inflizione, da parte del giudice di sorveglianza, di una misura disciplinare consistente nell'assegnazione ad una casa di punizione nella quale era sottoposto ad un primo periodo, dalla durata minore a tre mesi di isolamento continuo. Nel caso di persistenza della cattiva condotta, l'ergastolano veniva trasferito presso una casa di rigore o assegnato a un manicomio giudiziale³². I colloqui erano concessi solo una volta al mese³³ e la corrispondenza era permessa due volte al mese. Infine, il condannato all'ergastolo ritenuto meritevole di particolare attenzione per la condotta tenuta, poteva essere proposto per la concessione della Grazia³⁴.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ C. SALTELLI, voce *Ergastolo*, in *Nuovo digesto italiano*, Torino, 1937-1940, p. 458

³² Artt. 232, 233, 234, Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena.

³³ Anziché ogni quindici giorni od ogni settimana, come invece per le altre pene detentive (artt. 101 e 104).

³⁴ Art. 201 Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena.

1.4. La Costituzione repubblicana e i successivi interventi di adeguamento normativo.

Il 1 gennaio 1948 entra in vigore la Costituzione repubblicana ove viene sancito, il rifiuto da parte dello stato italiano alla pena di morte. Scelta già compiuta dal legislatore ordinario nel 1944³⁵ per i delitti previsti dal codice penale e successivamente nel 1948³⁶ per i delitti previsti dalle leggi speciali, diverse da quelle militari di guerra³⁷.

La soppressione della pena di morte ha trovato il riconoscimento più elevato nella Costituzione: l'art. 27 co. 4 Cost., modificato dalla legge costituzionale 1/2007, statuisce infatti che “non è ammessa la pena di morte”³⁸. L'ergastolo torna così ad essere la pena più grave tra quelle previste nell'ordinamento giuridico. La perpetuità dell'ergastolo è all'origine di un dibattito, tuttora in corso, sulla sua compatibilità con l'art. 27 co. 3 Cost., che prescrive che le pene “devono tendere alla rieducazione del condannato”³⁹ (cfr. *infra*, cap. II). Per quanto riguarda il regime esecutivo dell'ergastolo, si sono susseguiti importanti interventi di adeguamento normativo dal dopoguerra fino agli anni '90.

Con la l. 25 novembre 1962, n. 1634, al condannato all'ergastolo era riconosciuta la possibilità di poter accedere all'istituto della liberazione condizionale dopo aver scontato ventotto anni di pena. La stessa legge intervenne sullo stesso art.

³⁵ D.lgs.lgt. 244/1944.

³⁶ D.lgs. 21/1948.

³⁷ L. 589/1994.

³⁸ G. FIANDACA, *Art. 27 Cost.*, in G. BRANCA - A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) Branca e Pizzorusso, Bologna, 1991, p. 346.

³⁹ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 564.

22 c.p. abrogando i commi 3 e 4, che si occupavano dell'esecuzione dell'ergastolo in una colonia o possedimento d'oltremare⁴⁰ e modificando il comma 2 della versione originaria della norma in esame, ammettendo l'ergastolano al lavoro all'aperto sin dall'inizio⁴¹.

Ulteriori temperamenti del rigore esecutivo dell'ergastolo sono stati introdotti con la riforma penitenziaria⁴² del 1975 (cfr. *infra*, par. 2.2.3) e la contestuale abolizione dei c.d. *ergastoli*, cioè gli istituti penitenziari speciali, destinati all'espiazione delle pena perpetua.

Successivamente la l. 663/1986 (c.d. legge Gozzini) introdusse nuove disposizioni relative ai presupposti per l'ammissione alla liberazione condizionale, alla semilibertà, ai permessi premio e alle riduzioni di pena dei condannati all'ergastolo. Il limite minimo per la concessione della liberazione condizionale scende a ventisei anni.

Nel 1992, con la c.d. legislazione penitenziaria dell'emergenza venne inserito nella legge sull'ordinamento penitenziario l'art. 4-bis, disposizione che limita l'accesso ai benefici penitenziari, in relazione a gravi reati (per lo più di matrice mafiosa o terroristica), in mancanza di adesione al programma di collaborazione con

⁴⁰ Il novellato comma 2 tuttora recita: “*Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto*”. I commi 3 e 4 abrogati prevedevano: “*Il Ministro della Giustizia può disporre che l'esecuzione della pena abbia luogo in una colonia o in un altro possedimento d'oltremare – Il condannato, che sconta la pena in una colonia o in un altro possedimento d'oltremare, può essere ammesso al lavoro all'aperto anche prima che sia trascorso il termine indicato nel primo capoverso*”.

⁴¹ Nella versione originaria l'ergastolano era ammesso al lavoro all'aperto soltanto decorsi tre anni di pena.

⁴² L. 354/1975.

la giustizia⁴³. Per l'effetto di questa disposizione, l'ergastolano che decida di non collaborare, non potrà usufruire di alcun beneficio penitenziario divenendo così la sua pena realmente *sine die* (cfr. *infra*, cap. III).

In tema di ergastolo vanno infine ricordati la l. 479/1999 e il d.l. 341/2000, provvedimenti entrambi volti a modificare la disciplina del giudizio abbreviato in tema di ergastolo (cfr. *infra*, par. 2.5).

2. Il regime attuale della pena dell'ergastolo.

2.1. L'ergastolo come pena principale e l'ambito applicativo.

L'ergastolo è la pena più severa in vigore in Italia dopo la soppressione della pena di morte dal novero delle sanzioni penali⁴⁴. E' prevista dall'art. 17 c.p. che la include tra le pene principali assieme alla reclusione, la multa, l'arresto e l'ammenda. Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, la pena dell'ergastolo è prevista per alcuni delitti di particolare gravità contro la personalità dello Stato, contro l'incolumità pubblica e contro la vita. E' da sottolineare che il suo ambito applicativo si è dilatato per effetto dell'abolizione della pena di morte⁴⁵.

I reati puniti con l'ergastolo sono seguenti:

⁴³ F. CESARI, *Art. 4-bis ord. penit.*, in M. PAVARINI (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, 2002, p. 8.

⁴⁴ Cfr. L. BROLI – F. KING, *Art. 22 c.p.*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milanofiori, Assago, 2011, p. 312.

⁴⁵ La pena di morte per i delitti contemplati nel codice penale, è stata soppressa e sostituita con l'ergastolo dal d.lgs. 224/1944.

a) Delitti contro la personalità dello stato.

- Art. 242 co. 1 c.p. (*Cittadino che porta le armi contro lo stato italiano*).
- Art. 243 co. 2 c.p. (*Intelligenze con lo straniero a scopo di guerra contro lo Stato italiano*).
- Art. 244 co. 1 c.p. (*Atti ostili verso uno Stato estero, che espongono lo Stato italiano al pericolo di guerra*).
- Art. 258 co. 2 e 3 c.p. (*Spionaggio di notizie di cui è stata vietata la divulgazione*).
- Art. 261 co. 3 e 4 c.p. (*Rivelazione di segreti di Stato*).
- Art. 262 co. 3 c.p. (*Rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione*).
- Art. 265 ult. co. c.p. (*Disfattismo politico*).
- Art. 276 c.p. (*Attentato contro il Presidente della Repubblica*).
- Art. 280 co. 4 c.p. (*Attentato per finalità terroristiche o di eversione*).
- Art. 284 co 1 e 2. c.p. (*Insurrezione armata contro i poteri dello Stato*).
- Art. 285 c.p. (*Devastazione, saccheggio e strage*).
- Art. 286 c.p. (*Guerra civile*).
- Art. 287 co. 3. c.p. (*Usurpazione di potere politico o di comando militare*).
- Art. 289-bis co. 3 c.p. (*Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione*).
- Art. 295 c.p. (*Attentato contro i Capi di Stati esteri*).

b) Delitti contro l'incolumità pubblica.

- Art. 422 c.p. (*Strage*).
 - Art. 438 c.p. (*Epidemia*).
 - Art. 439, 2°co. c.p. (*Avvelenamento di acque o di sostanze alimentari*).
- c) *Delitti contro la persona*.
- Art. 575-576 c.p. (*Circostanze aggravanti. Pena dell'ergastolo*).
 - Art. 577 c.p. (*Altre circostanze aggravanti. Ergastolo*).
- d) *Delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone*:
- Art. 630 co. 3 c.p. (*Sequestro di persona a scopo di estorsione*).

2.2. Contenuto.

Secondo il disposto dell'art. 22 c.p. «*la pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto*».

La caratteristica principale dell'ergastolo risiede nella perpetuità della privazione della libertà personale e ciò rende tale pena la più problematica e discussa tra le sanzioni penali.

La natura perpetua dell'ergastolo subisce tuttavia una profonda limitazione con l'applicazione dell'art. 176 co. 3 c.p. relativo all'istituto della liberazione condizionale.

2.2.1. La liberazione condizionale.

La liberazione condizionale è un istituto che si applica alle pene detentive di lunga durata.

E' inquadrata dal legislatore tra le cause estintive della pena ma più propriamente è una causa sospensiva dell'esecuzione di una parte della pena principale inflitta⁴⁶, che produce i suoi effetti definitivi, di estinzione della pena, con il decorso di un periodo corrispondente alla durata della pena residua. Per i condannati all'ergastolo, il periodo è di cinque anni.

Oltre ad essere una causa di estinzione della pena, un orientamento dottrinale⁴⁷ ha messo in evidenza come la liberazione condizionale, si inserisca a pieno titolo tra le misure alternative alla detenzione, sia sotto il profilo dei presupposti, sia sotto quello delle finalità.

La Corte costituzionale ha riconosciuto l'evoluzione della liberazione condizionale in una diversa modalità di esecuzione della pena, attenuata rispetto al carcere,⁴⁸ affermando che: "l'istituto della liberazione condizionale, rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena restrittiva della libertà personale e si inserisce nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al

⁴⁶ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, op. cit.*, p. 631.

⁴⁷ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, p. 734.

⁴⁸ I momenti essenziali di questo percorso evolutivo si colgono nella l. 1634/1962, che ha esteso l'applicazione della liberazione condizionale agli ergastolani ed ai soggetti sottoposti a misura di sicurezza detentiva e nella l. 354/1975 che ha introdotto il sistema della progressione scalare delle misure alternative alla detenzione volto alla rieducazione del reo. La liberazione condizionale è oggi considerata una misura conclusiva del trattamento rieducativo. Per una più ampia trattazione Cfr. F. FIORENTIN, *Liberazione condizionale*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, p. 5 ss.

recupero sociale del condannato”⁴⁹.

Il provvedimento di liberazione condizionale può essere revocato (art. 177 c.p.), se la persona liberata commette un delitto, una contravvenzione della stessa indole ovvero trasgredisce gli obblighi inerenti alla libertà vigilata disposta dal giudice con l’ammissione all’istituto.

Il condannato all’ergastolo può accedervi a condizione che rispetti una serie di condizioni:

In primo luogo deve aver scontato almeno ventisei anni di pena⁵⁰ (art. 176 co. 3 c.p.), termine che potrebbe risultare inferiore per effetto delle riduzioni di pena previste dall’art. 54 ord. penit. come riconoscimento della partecipazione del condannato alla rieducazione⁵¹.

In secondo luogo deve aver adempiuto alle obbligazioni civili derivanti da reato (art. 176 co. 4 c.p.), come ad esempio il risarcimento del danno, le restituzioni dovute, le spese del procedimento, le spese di mantenimento in carcere salvo che dimostri di non essere in grado di potere adempiere puntualmente.

In terzo luogo il condannato deve tenere, durante il tempo di esecuzione della pena, un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento. E’ un accertamento che implica la verifica da parte del giudice degli atteggiamenti interiori che hanno portato il condannato a commettere il delitto. Essendo il processo di ravvedimento interiore alla persona, rilevano in maniera significativa alcuni indicatori esterni come ad esempio il comportamento generale e la partecipazione

⁴⁹ Corte cost., 4 luglio 1974, n. 204.

⁵⁰ Prima dell’entrata in vigore della l. 663/1986 gli anni erano ventotto.

⁵¹ Le riduzioni pena consistono in quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata.

all'attività di lavoro e di studio⁵². Il condannato deve quindi aver raggiunto un livello di risocializzazione idoneo al reinserimento nel consorzio civile. La Corte di Cassazione “ha ritenuto pienamente compiuta l’opera di revisione critica dei trascorsi delinquenziali da parte di condannata per gravi fatti eversivi nell’accettazione di un rapporto diverso con la società e le istituzioni, consistiti nello studio, nell’educazione della figlia, in varie iniziative solidaristiche a favore di soggetti emarginati”⁵³.

2.2.2. L’isolamento nell’ergastolo.

Il codice penale italiano prevede due tipi di isolamento: quello *notturmo* e quello *diurno*.

L’isolamento *notturmo* è previsto per l’ergastolo dal primo comma dell’art. 22 c.p., ed è da ritenersi abrogato perché incompatibile con il disposto dell’art. 6 co. 2 ord. penit. che contempla per i detenuti la sola possibilità di pernottare in locali che «consistono in camere dotate di uno o più posti»⁵⁴. La Corte di Cassazione ha poi precisato che le prescrizioni di fonte internazionale sull’alloggiamento notturno dei detenuti in camere individuali non hanno natura cogente⁵⁵. L’isolamento notturno non rappresenta una sanzione, a differenza di quello diurno, ma solamente un inasprimento sanzionatorio⁵⁶, e non può considerarsi un diritto soggettivo

⁵² G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, op. cit., p. 633.

⁵³ Cass. pen., Sez. I, 4 febbraio 2009, n. 9001.

⁵⁴ L. BROLI – F. KING, *Art. 22 c.p.*, op. cit., p. 312.

⁵⁵ Cass. pen., Sez. I, 25 febbraio 2011, n. 20142; Cass. pen., Sez. I, 1 dicembre 2009, n. 5005.

⁵⁶ S. RIONDATO, *Art. 22 c.p.*, in A. CRESPI – F. STELLA – G. ZUCCALA’ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2013, p. 141.

individualmente azionabile⁵⁷. La Suprema Corte inquadra l'isolamento notturno come una modalità di esecuzione della pena caratterizzata da una maggiore afflittività⁵⁸, anche se va ribadito che è più da considerarsi un privilegio ai detenuti che lo richiedano, soprattutto nell'odierna situazione di sovraffollamento carcerario.

L'isolamento *diurno* è menzionato dall'art. 72 c.p. Il primo comma si riferisce al caso di concorso di reati che importano la pena dell'ergastolo stabilendo che il colpevole di più delitti, ciascuno dei quali importa la pena dell'ergastolo è punito con detta pena e con l'isolamento diurno per un periodo compreso tra sei mesi e tre anni.

Il secondo comma dell'articolo in esame, fa riferimento al caso di concorso di un delitto che importa la pena dell'ergastolo, con uno o più delitti che importano pene detentive temporanee per un tempo complessivo superiore a cinque anni. In quest'ultimo caso, si applica la pena dell'ergastolo con isolamento diurno da due a diciotto mesi.

Controversa è la natura dell'isolamento diurno. Si discute se sia una semplice modalità di esecuzione della pena⁵⁹ o una vera e propria sanzione penale per i delitti concorrenti con quelli puniti con l'ergastolo⁶⁰.

La Corte di Cassazione è intervenuta sul punto mettendo fine al dibattito

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Si veda Cass. pen., sez. I, 25.2.2011 n. 22072. La Corte ribadisce che l'isolamento notturno rappresenta un inasprimento sanzionatorio e non una vera e propria sanzione, e che di conseguenza il condannato detenuto non è titolare di alcun interesse, giuridicamente rilevante, a proporre istanza per l'inasprimento del proprio trattamento penitenziario e a dolersi, mediante ricorso per cassazione, della mancata attuazione dell'isolamento notturno.

⁵⁹ Cfr. G. ALTAVISTA, *L'isolamento diurno e la sua applicazione nel codice penale e nel regolamento penitenziario*, in *Rassegna di studi penitenziari*, in *Rass. stud. pen.* 1952, p. 89.

⁶⁰ G. LATTANZI, *Art. 72, Codice penale: annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2008, p. 303.

dottrinale sviluppatosi attorno all'istituto. Secondo la Suprema Corte l'isolamento diurno ha natura di sanzione penale poiché attiene alla genesi del rapporto esecutivo⁶¹. La conseguenza è che l'isolamento diurno potrebbe essere disposto solo dal giudice di cognizione o dal giudice dell'esecuzione, e mai dal p.m.⁶²

Nell'enunciare tale principio, la Suprema Corte ha anche affermato che la mancata previsione legislativa di un termine per l'esecuzione dell'isolamento diurno non contrasta con l'art. 27 co. 3 Cost.⁶³, poiché il carattere afflittivo della misura è compatibile con la funzione rieducativa della pena, dal momento che, in costanza di isolamento, si ha solo attenuazione, ma non soppressione del trattamento penitenziario.

L'art. 72 c.p., ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale in relazione all'art. 27 co. 3 Cost, poiché l'isolamento diurno, per natura e modalità di esecuzione, potrebbe risultare in contrasto con il divieto di «trattamenti contrari al

⁶¹ Cass. pen, Sez. I, 21 marzo 2000, n. 2116. “L'isolamento diurno previsto dall'art. 72 c.p. non è una modalità di esecuzione della pena dell'ergastolo, ma ha funzione di sanzione per i delitti concorrenti con quello per cui viene inflitto l'ergastolo, che altrimenti rimarrebbero impuniti, in quanto la pena per essi prevista (perpetua o temporanea) non sarebbe concretamente applicabile. Ne consegue che detta sanzione deve trovare immediata esecuzione non appena la sentenza di condanna diviene irrevocabile, al pari della pena dell'ergastolo con questa inflitta, anche se il ritardo nell'esecuzione potrebbe giovare al condannato, per la possibilità che l'isolamento non sia eseguito, se la reclusione concorrente con l'ergastolo si estingue”. In modo conforme, Cass. Pen., Sez. I, 27 marzo 2009, n. 13599.

⁶² B. RIVA, *Art. 72 c.p.*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milanofiori, Assago, 2011, p. 1274.

⁶³ Nel caso di specie, il ricorrente ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 72 c.p. per contrasto con l'art. 27 Cost., nella parte in cui non prevede alcun limite temporale per l'esecuzione dell'isolamento diurno, in quanto compromette il percorso trattamentale passato e futuro, frustrando la finalità rieducativa della pena.

senso di umanità»⁶⁴.

La Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di legittimità⁶⁵, in quanto ha rilevato che con la l'art. 2, l. 1634/1962 è stata ridotta l'afflittività dell'isolamento, in quanto l'ergastolano, anche se condannato, partecipa all'attività lavorativa. La Corte, prosegue ribadendo che, le leggi penali “vanno ispirandosi sempre più ai criteri di umanità riaffermati dalla nostra Costituzione”, per il tramite di disposizioni come l'eliminazione del limite dei tre anni per l'ammissibilità dell'ergastolano al lavoro all'aperto e possibilità della liberazione condizionale anche per il condannato all'ergastolo.

Non manca chi ha avanzato perplessità sulla compatibilità dell'isolamento diurno con le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)⁶⁶, che sono direttamente vincolanti per il nostro ordinamento e aventi rango costituzionale per il tramite dell'art. 117 Cost⁶⁷.

Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti (C.P.T.) ha espresso serie riserve sulla compatibilità con l'art. 3

⁶⁴ A. MINO, *Art. 72 c.p.*, in M. RONCO – R. BARTOLOMEO (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2012, p. 616.

⁶⁵ Corte cost., 22 dicembre 1964, n. 115.

⁶⁶ Ci si riferisce in particolare alle posizioni del C.P.T. nel *Rapport au Gouvernement de l'Italie relatif à la visite effectuée en Italie par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants* del 21 novembre 2004.

⁶⁷ F. VIGANO', *Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. I, 2007, p. 42. “l'avvenuta costituzionalizzazione delle norme CEDU potrebbe essere ora desunta dall'art. 117 co. 1 Cost., che nel testo risultante dalla riforma del 2001 dispone che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.”

CEDU⁶⁸ della pena dell'ergastolo con isolamento diurno per un periodo da sei mesi a tre anni di cui all'art. 72 co.1 c.p., sottolineando che tale trattamento contrasta con il “*principe généralement accepté que l'auteur d'une infraction est envoyé en prison à titre de punition, et non pour y être puni*”⁶⁹.

Da ultimo, si evidenzia che nei casi di concorso di reati e di reato continuato, la pena dell'ergastolo con isolamento diurno pronunciata in sede di giudizio abbreviato, è sostituita con la pena dell'ergastolo senza isolamento diurno, ai sensi dell'art. 442 c.p.p.

2.2.3. Le modalità esecutive nella disciplina dell'ordinamento penitenziario.

Completano e arricchiscono il quadro normativo riguardante l'ergastolo, le norme contenute nella l. 354/1975 sull'ordinamento penitenziario riguardanti le modalità esecutive.

Il *lavoro*, storicamente, è una delle caratteristiche peculiari dell'ergastolo (cfr. *supra*, par. 1.1). L'art. 22 c.p. ne sottolinea l'obbligatorietà, come per la pena della reclusione (art. 23 c.p.) e dell'arresto (art. 25 c.p.) e l'art. 20 co. 3 ord. penit. ribadisce tale obbligo per tutti i condannati a pena detentiva. L'art. 20 co. 2 ord. penit. esclude che il lavoro penitenziario abbia carattere di afflittività⁷⁰. I condannati all'ergastolo, trascorsi dieci anni di detenzione, possono essere assegnati al lavoro

⁶⁸ Art. 3 Cedu: “*Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*”.

⁶⁹ F. VIGANO', *op. cit.*, p. 42.

⁷⁰ Conformemente alle c.d. *Regole minime per il trattamento dei detenuti* contenute nella Risoluzione O.N.U. 30 agosto 1955 e alle c.d. *Regole minime del Consiglio d'Europa per il trattamento dei detenuti* contenute nella Risoluzione del Consiglio Europeo 19 gennaio 1973.

all'esterno in condizioni idonee a garantire l'attuazione positiva del trattamento rieducativo⁷¹.

La l. 663/1986 ha introdotto modifiche relative ai presupposti di ammissibilità della liberazione condizionale di cui si rimanda (cfr. *supra*, par. 2.2.1), alla semilibertà, ai permessi premio e alle riduzioni di pena nei confronti del condannato all'ergastolo.

La *semilibertà*⁷² (art. 48 ord. penit.), è una delle misure alternative alla detenzione, e consiste nella concessione al condannato di trascorrere parte della giornata fuori dall'istituto di pena per partecipare ad attività lavorative, istruttive o altre attività utili al reinserimento sociale⁷³. Il condannato all'ergastolo può accedere al regime di semilibertà solo dopo aver espiato almeno venti anni di pena⁷⁴ (art. 50 co. 5 ord. penit.), ipotesi inizialmente esclusa per l'impossibilità a determinare la

⁷¹ Cfr. art. 15 co. 2 ord. penit.

⁷² Art. 48 ord. penit.

⁷³ L'ammissione al regime di semilibertà è subordinata al raggiungimento di progressi compiuti nel corso del trattamento, compatibilmente con la presenza delle condizioni per un graduale reinserimento nella società del condannato (cfr. art. 48 co. 4 ord. penit.).

⁷⁴ Nella sentenza 18 novembre 1993, n. 403, la Corte costituzionale ha affrontato un dubbio interpretativo di spiccato interesse riguardante l'asserita illegittimità costituzionale dell'art. 50 ord. penit. nella parte in cui, per i condannati all'ergastolo, subordinava l'ammissione alla semilibertà una volta trascorsi venti anni di detenzione anche nel caso in cui questi avessero riportato ulteriori condanne per reati commessi nel corso dell'esecuzione. Secondo il giudice a quo l'art. 3 Cost. veniva violato sotto due profili: si aveva un trattamento identico tra i soggetti che avevano tenuto un comportamento diverso durante l'esecuzione della pena. La Corte pur riconoscendo l'ingiustificata identità di trattamento ritiene non ammissibile il quesito, sostiene che per essere la disposizione censurata occorre un riassetto della normativa di diritto sostanziale che apprestasse un opportuno coordinamento con la disciplina del cumulo delle pene temporanee. Così per la Corte, l'intervento richiesto eccedeva i suoi poteri.

“metà” di una pena perpetua⁷⁵.

Per quanto riguarda i *permessi premio* (art. 30-ter), possono essere concessi dal magistrato di sorveglianza al condannato all’ergastolo, dopo aver scontato almeno dieci anni di pena, a condizione che abbia tenuto regolare condotta⁷⁶ e che non sia socialmente pericoloso.

Relativamente alle *riduzioni di pena*, l’art. 54 ord. penit. concede al condannato a pena detentiva che abbia dato prova di partecipazione all’opera di rieducazione, una detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata. Il legislatore del 1986 ha dunque ampliato l’ammontare della detrazione, precedentemente fissata in venti giorni, ed ha espressamente sancito che tali riduzioni si applicano anche al condannato all’ergastolo.

Anteriormente alla riforma del 1986, non era possibile applicare ai condannati all’ergastolo le riduzioni di pena ai fini della liberazione condizionale. In tal senso si era espressa anche la Corte di Cassazione adottando un’interpretazione restrittiva della norma per cui è di tutta evidenza che “la liberazione anticipata non può essere concessa al condannato all’ergastolo, ad una pena cioè che per la sua natura perpetua non può subire una riduzione nei termini previsti da detto istituto”⁷⁷. In un’altra sentenza cronologicamente vicina alla prima, la Suprema Corte ribadisce il concetto affermando che “la liberazione anticipata non può essere concessa ai condannati all’ergastolo, trattandosi di pena non suscettibile, per sua natura, di alcuna

⁷⁵ Art. 14, l. 663/1986.

⁷⁶ L’art. 30-ter ord. penit. considera “regolare” la condotta quando i soggetti, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate dall’istituto e nelle attività lavorative e culturali a cui partecipano.

⁷⁷ Cass. pen., Sez. I, 24 maggio 1977, in *Giustizia penale*, 1977, II, c. 553.

riduzione. Di conseguenza, non è nemmeno possibile l'utilizzazione delle diminuzioni di pena, che l'applicazione dell'istituto comporterebbe, al più limitato fine di rendere di minore durata il periodo di detenzione necessario per essere ammessi al beneficio della liberazione condizionale, giacché esso, per espressa previsione legislativa, deve essere effettivamente scontato⁷⁸.

Successivamente, nel 1983, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 54 ord. penit. nella parte in cui non prevedeva “la possibilità di concedere anche al condannato all'ergastolo la riduzione di pena, ai soli fini del computo della quantità di pena così detratta nella quantità scontata, richiesta per l'ammissione alla liberazione condizionale⁷⁹”.

L'art. 54 ord. penit., dopo la modifica della l. 663/1986, permette ai condannati all'ergastolo di usufruire delle riduzioni di pena non solo ai fini della liberazione ma anche per il calcolo relativo ai permessi premio e alla semilibertà⁸⁰.

Infine, per arginare il problema del sovraffollamento carcerario⁸¹, il d.l. 146/2013, conv. l. 10/2014 all'art. 4 ha introdotto la misura emergenziale della *c.d. liberazione anticipata speciale*.

Essa consiste in una detrazione di pena maggiore (75 giorni ogni semestre di

⁷⁸ Cass. pen., Sez. I, 6 dicembre 1977, in *Giustizia penale*, 1978, II, c. 77.

⁷⁹ Corte cost., 21 settembre 1983, n. 274. “Va, conclusivamente, dichiarata la illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 27 della Costituzione, del denunciato art. 54”.

⁸⁰ Cfr. L. BROLI – F. KING, *Art. 22 c.p., op. cit.*, p. 312.

⁸¹ Cfr. Corte Edu, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*. A seguito della sentenza Torreggiani, che ha condannato l'Italia a fronteggiare il problema del sovraffollamento carcerario entro un anno dalla definitività della sentenza, il Governo si è attivato nell'intento di adempiere agli obblighi sovranazionali.

pena scontata) rispetto a quella prevista dalla liberazione anticipata ordinaria (di soli 45 giorni), cui all'art. 54 ord. penit, per il periodo che va dal 24 dicembre 2013 al 24 dicembre 2015.

Secondo quanto previsto dall'art. 4 co. 2 della medesima legge, la liberazione anticipata speciale ha efficacia retroattiva a decorrere dal 1 gennaio 2010, essendo riconosciuto ai condannati che abbiano già usufruito della liberazione anticipata ordinaria uno sconto ulteriore di 30 giorni per ogni semestre, "sempre che nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio abbiano continuato a dare prova di partecipazione all'opera di rieducazione"⁸².

2.2.4. L'art. 4-bis ord. penit.: l'ergastolano non collaborante (rinvio).

Norma simbolo della c.d. legislazione dell'emergenza, l'art. 4-bis ord. penit., si innesta nel particolare contesto dei rapporti tra liberazione condizionale, misure alternative alla detenzione, benefici penitenziari con la pena dell'ergastolo. Per una puntuale analisi della normativa e delle sue problematicità si fa rinvio al cap. III.

2.3. Le pene accessorie.

Nel codice penale, accanto alle pene principali si trovano le pene accessorie. Si caratterizzano per la possibilità di applicarle solo in aggiunta ad una pena

⁸² Per una più ampia trattazione cfr. A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it.

principale, per cui esse non possono che accedere ad una pena principale⁸³. Nella Relazione al progetto definitivo del codice Rocco, le pene accessorie sono considerate come sanzioni che “per il loro intrinseco carattere mancano di un’efficienza tale, per cui possano riuscire, per sé medesime, sufficienti a realizzare gli scopi intimidativi ed afflittivi della repressione”. Per questo motivo vi è la necessità di comminarle sempre congiuntamente ad altre pene, rispetto alle quali risultano accessorie⁸⁴.

L’art. 19 c.p. elenca le pene accessorie distinguendo tra pene accessorie per i *delitti* (interdizione dai pubblici uffici, interdizione da una professione o da un’arte, interdizione legale, interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione, l’estinzione del rapporto di impiego o di lavoro, la decadenza o la sospensione dall’esercizio della potestà dei genitori) e pene accessorie per le *contravvenzioni* (sospensione dall’esercizio di una professione o di un’arte e la sospensione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese). La pubblicazione della sentenza penale di condanna è una pena accessoria comune ai delitti e alle contravvenzioni⁸⁵.

Le pene accessorie hanno una funzione di prevenzione generale e speciale mirando a prevenire situazioni che, per un soggetto debole, potrebbero risultare criminogene.

Alcune pene accessorie tuttavia svolgono una funzione stigmatizzante,

⁸³ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, op. cit., p. 633.

⁸⁴ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 734.

⁸⁵ *Ivi*, p. 735. “Il catalogo delle pene accessorie previsto dall’art. 19 c.p. non può però considerarsi come un *numerus clausus*: sono infatti numerose le ipotesi di pene accessorie previste in altri settori dell’ordinamento”. Per la tesi del numero aperto delle pene accessorie cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, op. cit., p. 634; P. PISA, *Le pene accessorie: problemi e prospettive*.

ponendo problemi di legittimità costituzionale in relazione al principio rieducativo.

Le pene accessorie conseguenti alla condanna all'ergastolo sono in primo luogo, l'art. 29 c.p. che prevede l'interdizione perpetua del condannato dai pubblici uffici *ipso iure*, è la sanzione interdittiva più importante del nostro sistema penale⁸⁶. Il suo contenuto afflittivo priva il condannato di: tutti i diritti politici, compreso il diritto di elettorato attivo e passivo; di ogni pubblico ufficio e di ogni incarico di pubblico servizio; gradi e dignità accademiche, titoli e diritti onorifici (art. 28 c.p.).

In secondo luogo, l'art. 32 co. 1 c.p. commina la pena accessoria dell'interdizione legale. E' la pena accessoria per i delitti di maggiore gravità e priva il condannato della capacità di agire limitatamente ai diritti patrimoniali. Anch'essa consegue di diritto alla condanna all'ergastolo⁸⁷.

In terzo luogo, l'art. 32 co. 2 c.p. prescrive la decadenza dalla potestà dei genitori, comportando la definitiva perdita dei poteri conferiti dalla legge ai genitori.

In quarto luogo, secondo il dettato dell'art. 36 c.p., la sentenza di condanna all'ergastolo è pubblicata mediante affissione all'albo del comune in cui è stata pronunciata, in quello in cui il delitto fu commesso e in quello in cui il condannato aveva l'ultima residenza.

2.4. Cause di estinzione del reato e della pena.

Il codice penale, agli artt. 150 c.p. ss., disciplina le cause di estinzione del

⁸⁶ S. GIANPAOLI, *L'interdizione dai pubblici uffici e la retribuzione dei lavoratori*, in *La scuola positiva*, 1966, p. 436.

⁸⁷ Oltre che alla condanna a reclusione per un tempo non inferiore a 5 anni.

reato e della pena nel titolo VI, analizzando le cause di estinzione del reato nel capo I e le cause di estinzione della pena nel capo II.

Le cause di estinzione del reato, hanno l'effetto di far cessare la pretesa punitiva dello Stato in relazione ad un determinato reato intervenendo dopo la commissione del fatto e prima della sentenza di condanna definitiva, comportando l'impossibilità di applicazione di qualsiasi sanzione penale prevista per quel determinato reato⁸⁸. Così non potranno applicarsi le pene principali, le pene accessorie, gli effetti penali della condanna e le misure di sicurezza.

Le cause di estinzione della pena sono le seguenti: la morte del reo (art. 150 c.p.), l'amnistia propria (art. 151 co. 1), la prescrizione del reato (art. 157 c.p.), l'oblazione ordinaria (art. 162 c.p.), l'oblazione speciale (art. 162-bis) e il perdono giudiziale (169 c.p.).

Le cause di estinzione della pena, intervengono dopo la pronuncia della sentenza di condanna⁸⁹ e hanno l'effetto di impedire l'esecuzione della pena o il prodursi di tutti gli effetti penali della condanna.

Gli istituti che estinguono la pena sono: l'amnistia impropria (art. 151 c.p.), la morte del reo dopo la condanna (art. 171 c.p.), la prescrizione della pena (art. 172 c.p.), l'indulto (art. 174 c.p.), la grazia (art. 174 c.p.), la non menzione della condanna (art. 175 c.p.), la liberazione condizionale (art. 176 c.p.), la sospensione condizionale della pena ordinaria (art. 163 c.p.) e breve (art. 163 co. 4 c.p.) e la riabilitazione (art. 178 c.p.).

⁸⁸ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 782. L'autore sottolinea che le cause estintive del reato incidono sulla c.d. *punibilità astratta*, intervenendo prima della condanna definitiva.

⁸⁹ *Ibidem*. In questo caso l'autore parla di estinzione della c.d. *punibilità in concreto*.

La pena dell'ergastolo è interessata solo da alcune delle vicende estintive sopracitate, in particolare: la morte del reo, la prescrizione del reato e della pena, l'amnistia propria e impropria, l'indulto e la grazia.

La *prescrizione del reato* estingue il reato quando dalla commissione del fatto sia trascorso un tempo rapportato alla sua gravità. Tuttavia i reati puniti con l'ergastolo non si prescrivono⁹⁰(art. 157 ult. co. c.p.).

Si ha *prescrizione della pena* quando, trascorso un determinato periodo dalla sentenza di condanna irrevocabile, si verifica l'estinzione di tutte le pene principali, ad eccezione dell'ergastolo, che anche in questo caso rimane imprescrittibile.

L'*amnistia* è un provvedimento di clemenza generale che estingue il reato⁹¹ e se vi è stata condanna, fa cessare l'esecuzione della stessa e le pene accessorie⁹². Sul piano dell'opportunità pubblica è stata giustificata dalla presenza di situazioni eccezionali e per certi versi irripetibili⁹³. L'amnistia deve essere adottata con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale del testo (art. 79 Cost.). La pena dell'ergastolo può estinguersi successivamente ad un provvedimento di amnistia⁹⁴.

L'*indulto* è un provvedimento di clemenza generale riservato al parlamento che deve deliberare con le stesse modalità previste per l'amnistia. Ha l'effetto di condonare, in tutto o in parte, la pena principale inflitta con la sentenza di condanna

⁹⁰ Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, op. cit.*, p. 383. “Non cadono mai nell'oblio della prescrizione, e quindi non si estinguono per effetto del decorso del tempo, i reati puniti con l'ergastolo”.

⁹¹ Ci si riferisce alla c.d. *amnistia propria*.

⁹² Ci si riferisce alla c.d. *amnistia impropria*.

⁹³ G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, 1974, p. 84 ss.

⁹⁴ Cfr. art. 184 c.p.

o di commutarla in un'altra pena meno grave. Le pene accessorie possono estinguersi con l'indulto solo se lo prevede lo stesso provvedimento di clemenza, mentre non si estinguono gli effetti penali.

In ordine alla possibilità di applicare l'indulto alla pena dell'ergastolo, si sottolinea che quest'ultima, essendo una pena detentiva perpetua, non può essere condonata "in parte" perché la detrazione di un periodo predeterminato, non è determinabile. Tuttavia, l'ergastolo, può essere condonato "in toto" oppure può essere commutato in pena di altra specie⁹⁵. In tal senso depongono numerose sentenze della Suprema Corte⁹⁶.

Nella prassi, di rado provvedimenti di amnistia o indulto hanno riguardato l'ergastolo, commutandolo in pena detentiva temporanea di lunga durata⁹⁷.

Infine, la *grazia* è un provvedimento di clemenza individuale⁹⁸ che presuppone una sentenza irrevocabile di condanna. Ha l'effetto di condonare, in tutto o in parte, la pena inflitta o di commutarla in pena di altra specie. La concessione della grazia è di esclusiva prerogativa del Presidente della Repubblica e non

⁹⁵ Cfr. A. FUSI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2013, p. 269.

⁹⁶ Cass. pen., Sez. V, 7 luglio 1993, n. 2594. "L'art. 1 del D.P.R. 22 dicembre 1990, n. 394 non consente di estendere l'indulto alla pena dell'ergastolo. La specifica connotazione di quest'ultimo, ossia la perpetuità, è infatti ontologicamente incompatibile con tutte quelle cause estintive della pena che presuppongono, ai fini della loro applicazione, una durata definita nel tempo. Cass. sez. I, 4 ottobre 2007, n. 39531 "L'ergastolo, in quanto pena detentiva perpetua, non è condonabile in parte". Cass. pen., Sez. I, 22 maggio 2008, n. 22760. "L'indulto estingue solo le pene detentive temporanee e non può per sua natura, essere applicato a pene detentive perpetue, a meno che il legislatore non abbia previsto, con apposita disposizione, la sua applicazione anche all'ergastolo, condannandolo in toto o convertendolo in una pena di specie diversa".

⁹⁷ Tra i provvedimenti di indulto ed amnistia riguardanti la pena dell'ergastolo: art. 2 co. IV, D.P.R. 32/1948; art. 2 lett. a), D.P.R. 929/1949; art. 2 lett. a) n.1), D.P.R. 922/1953.

⁹⁸ A differenza dei provvedimenti di amnistia e indulto che hanno portata generale. Essa trova fondamento in ragioni di equità e giustizia del singolo caso.

necessita di leggi di concessione. Può essere concessa o a seguito di richiesta del condannato o dei soggetti indicati dall'art. 681 c.p.p. o anche in assenza di specifica domanda. La pena dell'ergastolo può essere estinta con il provvedimento di grazia.

L'art. 210 ult. co. c.p. prevede che qualora per effetto di indulto o di grazia, non debba essere eseguita la pena dell'ergastolo, il condannato è sottoposto alla libertà vigilata⁹⁹.

L'art. 184 c.p. detta una disciplina particolare riguardante l'estinzione della pena dell'ergastolo o della pena temporanea nel caso di concorso di reati.

In base al primo comma, se per effetto di amnistia impropria, indulto o grazia, la pena dell'ergastolo è estinta, la pena detentiva temporanea non subisce alcuna diminuzione. Tuttavia, se il condannato ha già scontato interamente l'isolamento diurno a norma dell'art. 72 co. 2 c.p., la pena per il reato concorrente è dimezzata. Inoltre la pena dell'ergastolo si estingue se il condannato è stato detenuto per oltre trenta anni¹⁰⁰.

In base al secondo comma del medesimo articolo, se per effetto di amnistia impropria, indulto o grazia, non deve essere scontata la pena detentiva temporanea inflitta per il reato concorrente, al condannato all'ergastolo non si applica l'isolamento di cui all'art. 72 co. 2 c.p.. Se invece, l'effetto estintivo sulla pena detentiva temporanea è solo parziale, l'isolamento può essere ridotto fino a tre mesi.

2.5. Il giudizio abbreviato e la conversione dell'ergastolo in pena temporanea.

⁹⁹ La libertà vigilata è una misura personale di sicurezza non detentiva. Cfr. 228 c.p.

¹⁰⁰ Cfr. G. L. GATTA, *Art. 184 c.p.*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato, op. cit.*, p. 2127; A. BOIDO, *Art. 184 c.p.*, in M. RONCO – R. BARTOLOMEO (a cura di), *Codice penale commentato, op. cit.*, p. 1113.

Originariamente, il codice di procedura pena prevedeva, a conclusione del giudizio abbreviato, la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione a trenta anni¹⁰¹. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità per eccesso di delega, dell'art. 442 co. 2 c.p.p., nella parte in cui prevedeva che potesse accedersi a rito abbreviato anche per i reati punibili con l'ergastolo¹⁰². Infatti, la legge delega al Governo per l'emanazione del codice di procedura penale¹⁰³ prevedeva il giudizio abbreviato solo per reati punibili con pene detentive temporanee o pecuniarie, escludendo pertanto i reati punibili con l'ergastolo.

La l. 479/1999 (c.d. legge Carotti), modificando l'art. 442 c.p.p., ha nuovamente previsto la sostituzione dell'ergastolo in reclusione di trenta anni.

Successivamente, interviene il d.l. 341/2000 (poi convertito con la l. 4/2001), che all'art. 7 co. 1 modifica ulteriormente il comma 2 dell'art. 422 c.p.p., disponendo in via di interpretazione autentica, che la sostituzione debba ritenersi applicabile solo in relazione alla pena dell'ergastolo senza isolamento diurno. In caso di ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, la pena è sostituita con l'ergastolo senza isolamento diurno.

In tema di rapporti tra ergastolo e giudizio abbreviato, si segnala un'importante sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo¹⁰⁴.

La Corte EDU, chiamata a pronunciarsi sulla violazione dell'art. 7 CEDU¹⁰⁵,

¹⁰¹ Art. 442 co. 2 seconda parte c.p.p.

¹⁰² Corte cost., 23 aprile 1991, n. 176.

¹⁰³ L. 81/1987.

¹⁰⁴ Corte Edu, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*.

¹⁰⁵ Art. 7 CEDU: “§1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al

affermerò che la norma convenzionale prevede non soltanto il diritto a non vedersi applicata retroattivamente una norma penale sfavorevole, ma anche il diritto all'applicazione della legge penale più favorevole tra tutte quelle succedutesi dal momento della commissione del fatto sino alla sentenza definitiva (retroattività della legge penale più favorevole)¹⁰⁶. Nel caso concreto, la Corte qualificò l'art. 442 c.p.p. come norma sostanziale piuttosto che processuale poiché incidente sul trattamento sanzionatorio. Questa interpretazione dell'art. 7 CEDU portava all'applicazione della Legge Carotti, che nelle more del procedimento giudiziario, era da considerarsi quella più favorevole per il condannato.

La Corte ordinò così allo Stato italiano la sostituzione dell'ergastolo senza isolamento diurno con trenta anni di reclusione. Successivamente la Cassazione, in sede di ricorso straordinario *ex art. 625 c.p.p.*, promosso dallo stesso Scoppola, rimodulò la pena nei sensi indicati dalla Corte Europea.

La sentenza *Scoppola c. Italia* ha avuto riverberi non indifferenti dal punto di processuale poiché minava il principio dell'intangibilità del giudicato. Ci si domandava se il giudice dell'esecuzione dovesse sostituire la pena dell'ergastolo definitivamente inflitta con quella di trenta anni di reclusione qualora si trovi di fronte ad una vicenda del tutto assimilabile a quello oggetto della sentenza Scoppola.

momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

§2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.”

¹⁰⁶ Cfr. F. M. FERRARI, *L'estendibilità in sede esecutiva dei principi della sentenza Scoppola, tra flessibilità del giudicato penale ed osservanza della legalità convenzionale CEDU*, in www.europeanrights.eu;

E' il caso dei c.d. *fratelli minori* di Scoppola che, pur essendo in una situazione analoga a quella di Franco Scoppola, all'epoca della condanna all'ergastolo non hanno presentato ricorso individuale alla Corte EDU¹⁰⁷.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (ric. *Ercolano*)¹⁰⁸, alla luce della sentenza della Corte costituzionale 210/2013¹⁰⁹, hanno affrontato la questione rispondendo positivamente al quesito. Il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte EDU nella sentenza *Scoppola c. Italia*, può sostituire la

¹⁰⁷ Cfr. M. GAMBARDELLA, *I fratelli minori di "Scoppola" davanti al giudice dell'esecuzione per la sostituzione dell'ergastolo con la pena di trent'anni di reclusione*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2014, consultabile sul sito www.archiviopenale.it; F. VIGANO', *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in www.penalcontemporaneo.it; C. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2013, consultabile sul sito www.archiviopenale.it.

¹⁰⁸ Cass. SS. UU. penali, 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*; cfr. F. VIGANO', *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰⁹ La Corte costituzionale si pronuncia in merito alla possibilità di modificare le relative sentenze definitive di condanna per i *fratelli minori* di Scoppola, in mancanza di un giudicato favorevole da parte della Corte Europea, All'esito di talune decisioni di segno negativo da parte dei giudici dell'esecuzione, la questione approdava alle Sezioni Unite della Cassazione, che, esaminato il diritto vivente in materia, pervenivano alla decisione di investire la Corte costituzionale, ipotizzando il contrasto degli artt. 7 ed 8 del d.l. 341/2000 con gli artt. 3 e 117 Cost. La Corte costituzionale con la sentenza 210/2013, dichiara incostituzionale la norma di interpretazione autentica per contrasto con l'art. 117 Cost. (relativamente all'art. 7 CEDU), consentendo la trattazione da parte delle Sezioni Unite della questione "se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte EDU con la sentenza 17/09/2009, *Scoppola c. Italia*, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in materia, di quella più favorevole".

pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione. In tal modo viene modificato il giudicato con l'applicazione della legge più favorevole.

3. Profili di politica criminale: il dibattito sull'abolizione dell'ergastolo e proposte di riforma della pena.

In merito all'efficacia generalpreventiva della pena dell'ergastolo, si fronteggiano da molti anni due teorie principali.

In primo luogo, si è sviluppato un filone dottrinale¹¹⁰ che si dichiara favorevole all'abolizione dell'ergastolo poiché le indagini empiriche non portano a ritenere che la minaccia di una pena così severa possa determinare un decremento del tasso di criminalità¹¹¹. Si sottolinea l'impossibilità di dimostrare che l'ergastolo abbia maggiore efficacia dissuasiva di una pena temporanea, pur riconoscendo che esso svolge una funzione di convalida normativa (c.d. prevenzione persuasiva) nel contrassegnare il valore massimo e assoluto dell'interesse tutelato¹¹².

In secondo luogo, altra parte della dottrina si ritiene dichiaratamente favorevole al mantenimento dell'ergastolo allo scopo di evitare un eccessivo

¹¹⁰ *In primis*, F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Rivista di diritto processuale*, vol. I, 1956, p. 1 ss.

¹¹¹ Su tutti F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in M. ROMANO – F. STELLA (a cura di), in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 30. L'autore è perciò favorevole all'abolizione dell'ergastolo; L. BROLI – F. KING, *Art. 22. cp., op. cit.*, p. 317.

¹¹² T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 449.

indebolimento dell'impianto sanzionatorio¹¹³. Infatti, si ritiene che la pena dell'ergastolo mantenga una forte efficacia generalpreventiva¹¹⁴, sottolineando che "l'ergastolo sul piano nominalistico, conserva un notevole impatto psicologico come deterrente sulla collettività"¹¹⁵.

E' invece ampiamente condivisa l'esigenza di comminare l'ergastolo solo per reati molto gravi che evocano la "rottura di un patto sociale primordiale"¹¹⁶, restringendone l'ambito applicativo, esigenza imposta dal principio di proporzione.

Questa dialettica dottrinale, tutt'altro che sopita, e la presunta incostituzionalità dell'ergastolo per il contrasto con il principio rieducativo, hanno portato negli anni al proliferarsi di proposte in tema di ergastolo, spesso suggerite dai mai attuati progetti di revisione del codice penale. Nei prossimi paragrafi saranno analizzati nel dettaglio.

3.1. Il referendum abrogativo del 1981.

Nel 1980, il partito radicale italiano, iniziò la raccolta firme per l'indizione di un referendum che cancellasse dal codice penale la pena dell'ergastolo, in un clima politico diviso tra i sostenitori di questa proposta e chi proponeva il ripristino della pena capitale¹¹⁷.

¹¹³ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Assago, 2013, p. 768 ss.; A. PAGLIARO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1056-2008, Vol. II*, Milano, 2009, p. 905.

¹¹⁴ A. PAGLIARO, *Ibidem*.

¹¹⁵ E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 2, 1992, p. 65 ss.

¹¹⁶ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma*, *op. cit.*, p. 449.

La Corte costituzionale dichiarò ammissibile il quesito in relazione all'abrogazione degli articoli 17 co. 2, n. 2 e 22 c.p.¹¹⁸.

La risposta referendaria ¹¹⁹ fu largamente contraria all'abrogazione dell'ergastolo, con una maggioranza del 77,4 % dei voti validi¹²⁰ con l'effetto di chiudere, per un certo tempo, la possibilità a livello politico di un'abolizione della pena dell'ergastolo.

I risultati del referendum indicarono chiaramente che per abolire una pena dal forte significato simbolico come l'ergastolo, ci vuole un mutamento di orientamento culturale della società. La strumentalizzazione politica volta all'induzione di insicurezza nei cittadini per un'eventuale abolizione della pena perpetua ebbe un ruolo decisivo nel risultato della consultazione popolare¹²¹.

3.2. Il progetto Gonella.

Il progetto Gonella, di riforma del libro I del codice penale, venne approvato dal Senato nel gennaio del 1973. Tra i vari interventi, il progetto prevedeva all'art. 102 cpv. l'abolizione dell'ergastolo tramite l'abrogazione dell'art. 22 c.p. sostituendolo con la pena della reclusione da ventisette a quaranta anni. E' singolare come una pena così severa si poneva al di sopra del limite edittale massimo delle

¹¹⁷ In un periodo storico caratterizzato dai c.d. anni di piombo, il Movimento Sociale Italiano (MSI), partito di estrema destra, chiedeva che fosse ripristinata la pena di morte nei confronti dei terroristi.

¹¹⁸ Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 23.

¹¹⁹ Le consultazioni avvennero il 17-18 maggio 1981.

¹²⁰ Votarono il 79,4 % degli aventi diritto.

¹²¹ Per una più ampia trattazione in merito alla strumentalizzazione politica e mediatica della pena dell'ergastolo, cfr. S. ANASTASIA – F. CORLEONE (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009, p. 13.

pene detentive temporanee e risultava di molto superiore rispetto ai codici europei.

La dottrina penalistica rilevò tuttavia che una pena temporanea di così ampia durata non era fattualmente molto diversa dalla reclusione a vita¹²².

Il progetto, approvato dal Senato, a causa della scadenza della legislatura non divenne legge.

3.3. Il progetto Riz.

Nel 1996 venne elaborato un disegno di legge (c.d. progetto Riz¹²³) dal Comitato per la riforma del codice penale, istituito in seno alla Commissione giustizia del Senato. Il disegno di legge contenente una bozza di articolato completo per quanto riguarda la parte generale e una relazione riguardante la parte speciale¹²⁴, prevedeva anche l'abolizione della pena dell'ergastolo (art. 10).

Più volte discusso in Commissione giustizia del Senato e approvato poco prima dello scioglimento anticipato delle Camere, non riuscì a concludere l'iter

¹²² Sul punto si veda G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 487. “Poco felice, anzi fraudolenta, sembra invece l'idea di sostituire all'ergastolo la reclusione da ventisette a quarant'anni. Pensare che simili pene, nominalmente temporanee, possano significare qualcosa di diverso dalla reclusione a vita, è una pura «frode delle etichette»”.

¹²³ Dal nome del primo firmatario, sen. Donald Riz., il testo con la relativa relazione lo si trova integralmente in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 927.

¹²⁴ Questa scelta è ben argomentata nelle conclusioni della Relazione in *Riv. it. dir. proc. pen., op. cit.*, p. 973. “Il comitato ha ritenuto però preferibile – anche in previsione di una eventuale chiusura anticipata della legislatura – concludere i lavori sulla parte generale e presentare il relativo disegno di legge. Questa scelta richiede nei prossimi mesi un forte impegno diretto all'approvazione del libro primo, con la conseguenza che i lavori del comitato sulla parte speciale dovranno essere aggiornati al prossimo anno.”

legislativo¹²⁵.

3.4. Il progetto Grosso.

Una nuova commissione di esperti, sotto la guida del prof. Carlo Federico Grosso, venne istituita nell'ottobre del 1998 dall'allora Ministro della Giustizia Giovanni Maria Flick, con il compito di avviare la riforma del codice penale.

Nella relazione del 15 luglio 1999 contenente le osservazioni preliminari sul metodo di lavoro¹²⁶, la Commissione non ritenne di assumere posizione sul problema relativo alla eliminazione della pena dell'ergastolo, ma comunque sottolineò la piena compatibilità di tale eliminazione con il nuovo sistema penale.

Tuttavia, il progetto Grosso, prevedendo una minore severità dell'impianto sanzionatorio, tra le molte proposte, aboliva la pena dell'ergastolo sostituendola con la *reclusione speciale* da venticinque a trenta anni¹²⁷ (art. 51).

L'abolizione dell'ergastolo, a parere della Commissione, parve preferibile a larga maggioranza, come "indicazione simbolicamente forte e chiara a favore di un sistema sanzionatorio fondamentalmente ispirato all'idea di una risocializzazione

¹²⁵ Cfr. F. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, p. 258.

¹²⁶ *Commissione Grosso – Riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Scheda di sintesi*, consultabile sul sito www.giustizia.it.

¹²⁷ La Commissione segnala al legislatore "di parte speciale" l'esigenza che una pena così prolungata abbia un ambito di applicabilità ristrettissimo: per es., gravissimi delitti contro lo Stato che abbiano comportato atti di volontaria aggressione contro la vita delle persone; omicidio premeditato, o commesso con crudeltà, o legato da nesso teleologico con altri reati.

possibile, anche con riguardo agli autori dei delitti più gravi”¹²⁸.

La Commissione rilevò che la conclusione cui era prevenuta, era stata assunta nella piena consapevolezza dei “rischi che essa non venga accettata per timori di indebolimento della difesa dai delitti più gravi”¹²⁹.

Il progetto del 2000 venne modificato e aggiornato nel 2001, cui fece seguito un nuovo articolato accompagnato da una seconda relazione.

La proposta di abolire l’ergastolo aveva suscitato forti critiche nel mondo politico, così, nella Relazione del 2001, la Commissione prospettava, per il caso in cui l’abolizione dell’ergastolo non avesse trovato larga convergenza nel dibattito politico, una soluzione alternativa. Quest’ultima era concepita come una soluzione mediana pienamente compatibile con il principio rieducativo enunciato dalla Costituzione e consisteva nel prevedere che la reclusione speciale potesse essere “da venticinque a trenta anni o a vita” con la precisazione che la reclusione speciale a vita cessi dopo 30 anni, salvo che persistano esigenze di prevenzione speciale. La persistenza o la cessazione di dette esigenze sarebbe verificata dal giudice con periodicità annuale¹³⁰.

¹²⁸ *Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Relazione preliminare (12 settembre 2000)*, consultabile sul sito www.giustizia.it.

¹²⁹ Tuttavia, la Commissione evidenziò come una pena di lunghissima durata, qual è la reclusione speciale, equivalga nei fatti alla pena a vita.

¹³⁰ Per approfondire si veda *Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998), Relazione sulle modificazioni al progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale approvate dalla Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale (26 maggio 2001)*. “allo scopo di tranquillizzare i critici della proposta abolizione, ha indicato la possibilità di modificare l’art.51 (art. 53 del progetto originario) e l’art.52 (art. 54 del progetto originario) in punto reclusione speciale: prevedendo nell’art.51 che “le pene edittali stabilite dalla legge sono comprese entro i seguenti limiti: reclusione speciale: da 25 anni a 30 anni, *ovvero a vita*”, e aggiungendo nell’art. 52 un comma 3 in cui precisare che “l’esecuzione della reclusione speciale a vita cessa dopo i 30 anni,

Il progetto Grosso fu accantonato con il mancato rinnovo della commissione dopo le elezioni politiche del 2001.

3.5. Il progetto Nordio.

Nel 2001 venne istituita dal Ministero della Giustizia un'altra Commissione con il compito di riformare il codice penale (c.d. Commissione Nordio).

Il nuovo progetto conservava tra le pene principali, come sanzione più grave, l'ergastolo (artt. 54 e 56).

Nel 2005 venne presentato il testo frutto del lavoro della Commissione ma, anche questa volta, il progetto non riuscì a concludere il percorso legislativo.

3.6. Il progetto Pisapia.

La Commissione, istituita nel 2006 dal Ministro della Giustizia, Clemente Mastella, ebbe l'incarico di predisporre uno schema di disegno di legge delega per riformare il codice penale.

In materia di finalità della pena, il progetto Pisapia considera fondamentale quella rieducativa sancita dall'art. 27 co. 3 Cost., la quale non può soddisfarsi principalmente con la pena della reclusione, che di fatto ha "scarsa efficienza specialpreventiva come si evince dagli elevati tassi di recidiva¹³¹ nei casi di

salvo che persistano esigenze di prevenzione speciale. La persistenza o cessazione di dette esigenze è verificata dal giudice con periodicità annuale".

¹³¹ *Commissione Pisapia - per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) – Relazione*, in www.giustizia.it, par. XXIII. "Il tasso di recidiva dopo modalità sanzionatorie diverse da quella

esecuzione della pena carceraria non mediata da strumenti alternativi di reinserimento sociale”.

Tra le pene detentive non compare l’ergastolo, che viene sostituito con la c.d. *detenzione di massima durata* di trentadue anni, elevabili a trentotto per il caso di concorso di reati sanzionati con la medesima pena (art. 32)¹³².

La scelta di eliminare la pena dell’ergastolo dal novero delle sanzioni penali, è maturata dopo un confronto sulla costituzionalità di una pena perpetua. Anche questa volta, i componenti della Commissione, sottolineano nella loro Relazione come l’ergastolo sia incompatibile in più punti con il dettato della Costituzione¹³³, in

carceraria risultano di gran lunga inferiori (circa il 15%, rispetto ad oltre il 70% per chi sconta la pena in carcere)”.

¹³² *Commissione Pisapia - per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) - Proposta di articolato*, in www.giustizia.it, art. 32 (*Detenzione di massima durata*) 1. Prevedere che: a) per un novero ristretto di reati di particolare gravità, si applichi la pena della detenzione di massima durata; b) nel caso di concorso tra un reato punito con pena di massima durata e reati puniti con pena detentiva l’entità complessiva della pena non possa superare i trentaquattro anni; c) la pena della detenzione di massima durata sia non inferiore ai trentaquattro anni e non superiore ai trentotto anni nel caso di concorso di reati sanzionati con la detenzione di massima durata; d) la detenzione di massima durata possa essere ridotta a seguito di verifiche periodiche dei risultati dell’osservazione della personalità del condannato; e) la disciplina delle verifiche di cui al comma precedente e dei loro effetti positivi sia differenziata in relazione alla pena in concreto applicata.

¹³³ *Commissione Pisapia - per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) – Relazione, op. cit.*. “Il confronto su tale tema, particolarmente delicato, è iniziato dalle problematiche relative alla costituzionalità o meno della pena perpetua, soprattutto, ma non solo, in relazione all’art. 27 della Costituzione, secondo cui “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”. Una pena “eliminativa”, che sopprime per sempre la libertà di una persona escludendola dalla convivenza civile, non può non essere considerata una pena disumana, anche in quanto finisce col negare la dignità individuale. Proprio per questo, ad esempio, in Francia, mentre fu mantenuta dal codice penale del 28.11.1791 la pena di morte, fu escluso l’ergastolo, giudicato più intollerabile, e si prevede, come sanzione più grave dopo la morte, la pena di ventiquattro anni “di ferri”. L’ergastolo pone non pochi dubbi di legittimità costituzionale anche in relazione al principio, parimenti stabilito dall’art. 27 della Costituzione, secondo cui le pene “devono tendere alla rieducazione del condannato”.

particolare con l'art. 27 co. 3 Cost. che impone non solo la finalità rieducativa della pena, ma anche il divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti. La Commissione aggiunge che l'ergastolo è una pena non assimilabile alla reclusione essendo una pena qualitativamente diversa e assai più simile alla pena di morte¹³⁴.

La Relazione prosegue mettendo in luce come sia fallace il ragionamento dei sostenitori dell'ergastolo quale strumento più potente di deterrenza, sottolineando che 32 anni di detenzione, elevabili fino a 38 in caso di concorso di reati che prevedono edittalmente tale tipo di pena, “rappresenta una prospettiva non meno terribile della pena perpetua”. Con la differenza che i condannati ad una pena detentiva temporanea, seppur di lunghissima durata, potranno essere reinseriti gradualmente nel consorzio civile.

Infine, il progetto ha ritenuto non necessaria la pena dell'ergastolo per

E' infatti evidente che, se per "rieducazione" s'intende, secondo l'opinione unanime della dottrina, la risocializzazione e il reinserimento sociale del condannato, l'ergastolo è logicamente incompatibile con la finalità rieducativa della pena. Né basta ad escludere questa incompatibilità la circostanza che la pena dell'ergastolo, come ha affermato la Corte costituzionale con le sentenze nn.264 del 1964 e 274 del 1983, può non essere perpetua, in quanto l'ordinamento prevede la possibilità che, a chi è stato condannato all'ergastolo, sia concessa la grazia o la liberazione condizionale. La pena perpetua, ad avviso della Commissione (nella sua ampia maggioranza) contraddice anche il principio di giurisdizionalità delle pene, il quale esclude pene fisse, non graduabili sulla base di quel momento essenziale della giurisdizione che è la valutazione del caso concreto. E' perciò per sua natura una pena iniqua, soprattutto se prevista rigidamente senza alternative edittali, in quanto non graduabile equitativamente dal giudice, che non può attenuarla sulla base dei concreti, singolari e irripetibili connotati del fatto (tanto più se, come prospettato dal progetto di codice, saranno eliminate le attenuanti generiche). La pena dell'ergastolo si pone anche in contrasto con un'altra classica garanzia, quella della proporzionalità delle pene: l'astratta fissità dell'ergastolo non consente insomma l'individualizzazione e l'adeguamento della pena alla personalità del condannato e alla specificità del caso concreto, che rappresentano una dimensione necessaria della giurisdizione penale. Il superamento dell'ergastolo è anche un atto di civiltà imposto da ragioni di carattere etico politico”.

¹³⁴ Cfr. art. 18 del codice penale francese del 1810 che definì l'ergastolo come “morte civile”.

l'inefficacia deterrente che ha dimostrato nel contrasto alla criminalità organizzata che va combattuta con strumenti capaci di incidere sulle potenzialità economiche e sui vantaggi patrimoniali dei crimini collegati alle associazioni mafiose¹³⁵.

Il progetto Pisapia, come accaduto ad altri progetti, non è stato attuato per la fine anticipata della XV legislatura.

3.7. La Commissione Palazzo.

Il 13 giugno 2013 venne istituita una commissione per elaborare uno schema per la redazione di criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale.

Per quanto concerne le pene detentive carcerarie la Commissione Palazzo¹³⁶ ha affrontato il tema dell'ergastolo. Al riguardo viene manifestato un largo e convinto orientamento per l'abolizione dell'ergastolo, pena che presenta alcuni possibili profili di incostituzionalità¹³⁷.

Tuttavia, la Commissione decide di redigere lo schema mantenendo la previsione dell'ergastolo, per la presa di coscienza della difficile praticabilità a livello politico di una proposta interamente abolizionista¹³⁸.

¹³⁵ La Commissione propone disposizioni innovative in tema di confisca e fornendo, quindi, un efficace strumento per aggredire i patrimoni delle associazioni mafiose e contrastare quel potere economico utilizzato per il controllo del territorio da parte delle organizzazioni mafiose.

¹³⁶ Dal nome del presidente Francesco Palazzo.

¹³⁷ Cfr. Relazione allegata allo *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, consultabile sul sito www.penalcontemporaneo.it.

¹³⁸ Relazione allegata, *Ibidem*.

Dunque, l'ergastolo viene mantenuto ma il suo ambito di applicazione viene circoscritto alle manifestazioni criminose più gravi in concreto. Per quanto concerne le singole fattispecie criminose, la pena dell'ergastolo viene sostituita con la nuova specie sanzionatoria della *detenzione speciale*, con una cornice edittale che va dai 24 ai 28 anni (art. 1). Nel solo caso di concorso di più reati tutti puniti con la detenzione speciale, sarà applicato l'ergastolo (art. 7). La ratio di questa soluzione risiede nel prevedere una disciplina che tratti più severamente situazioni che sono differenti in ordine alla loro gravità.

Inoltre, si prevede che, una volta scontati trenta anni, comprensivi dei periodi di semilibertà o di libertà vigilata a seguito di liberazione condizionale, l'ergastolo si estingue salvo che sussistano particolari esigenze specialpreventive accertate dal tribunale di sorveglianza, le quali dovranno essere rivalutate con cadenza annuale.

La Commissione aggiunge che la pena dell'ergastolo in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore dei decreti legislativi, è immediatamente convertita nella pena della detenzione speciale della durata di ventotto anni.

Infine, la Commissione ha considerato l'urgenza di attenuare le conseguenze derivanti dal c.d. *ergastolo ostativo*, elaborando una proposta di emendamento per le norme che vietano la concessione di benefici nei confronti dei detenuti "non collaboranti"¹³⁹. Di questa proposta si ne darà ampiamente conto nel corso della trattazione (cfr. *infra*, cap. IV, par. 5.6).

Lo schema per la delega legislativa non ebbe seguito per via delle dimissioni dell'esecutivo nel febbraio 2014.

¹³⁹ Cfr. art. 4-*bis* ord. penit.

3.8. Le proposte di legge in discussione.

Dopo più di quarant'anni, l'abolizione dell'ergastolo è tema di grande attualità. Basti solo pensare che dall'inizio dell'ultima legislatura¹⁴⁰ sono stati presentati quattro disegni di legge, che propongono di eliminare la pena perpetua.

Il ddl Gozi¹⁴¹ e il ddl Barani¹⁴², che propongono di sostituire la pena dell'ergastolo con la reclusione speciale da trenta a trentadue anni.

Il ddl Speranza¹⁴³ che propone la reclusione di anni trenta laddove le norme del codice penale prevedono la pena dell'ergastolo, in modo che le pene principali per i delitti sarebbero la reclusione e la multa.

Il ddl Marazziti¹⁴⁴, che vede tra i firmatari esponenti di molti schieramenti politici¹⁴⁵. La proposta prevede la sostituzione, tra le pene principali, dell'ergastolo con la reclusione speciale sino a trentatré anni.

4. Dati statistici.

Dopo aver analizzato la nascita, l'evoluzione storica e la disciplina normativa

¹⁴⁰ La n. XVII.

¹⁴¹ Disegno di legge C. 975 del 17 maggio 2013, recante *Modifiche al codice penale concernenti l'abolizione della pena dell'ergastolo* consultabile interamente in www.parlamento17.openpolis.it.

¹⁴² Disegno di legge S. 697 del 22 maggio 2013, recante *Modifiche al codice penale concernenti l'abolizione della pena dell'ergastolo* consultabile interamente in www.parlamento17.openpolis.it.

¹⁴³ Disegno di legge C. 1531 del 8 agosto 2013, recante *Modifiche al codice penale concernenti l'abolizione della pena dell'ergastolo* consultabile interamente in www.parlamento17.openpolis.it.

¹⁴⁴ Disegno di legge C. 1534 del 9 agosto 2013, recante *Modifiche al codice penale concernenti l'abolizione della pena dell'ergastolo* consultabile interamente in www.parlamento17.openpolis.it.

¹⁴⁵ Tra gli altri: Partito Democratico, Forza Italia, Sinistra Ecologia e Libertà, Scelta Civica.

dell'ergastolo, è utile volgere lo sguardo a qualche dato statistico.

Il primo grafico (tab. 1) indica l'andamento in percentuale dei condannati all'ergastolo rispetto ai detenuti condannati, nell'arco temporale di dieci anni.



Tab. 1: Condannati all'ergastolo (con almeno una condanna definitiva) in relazione all'intera popolazione carceraria condannata – dati in percentuale (aggiornati al 30 giugno 2014).

Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - sezione statistica. (dati consultabili sul sito www.giustizia.it, sez. statistiche).

Nel 2004 i condannati all'ergastolo rappresentavano il 3,3% dei detenuti presenti condannati. Nel 2006, la percentuale di ergastolani raggiunge la soglia dell'8%, mai così alta da quando è in vigore l'ergastolo nel nostro ordinamento.

Questo picco, graficamente ben visibile, è essenzialmente dovuto al provvedimento di indulto del 2006 che ha portato il numero dei detenuti condannati

da 36.676 a 15.468 unità¹⁴⁶ e, poiché la legge di indulto non ha riguardato la pena dell'ergastolo, l'effetto è stato quello di un innalzamento della percentuale dei detenuti ergastolani.

Successivamente al provvedimento di indulto, le carceri si sono, anno dopo anno, ripopolate fino a raggiungere nel 2010 un numero di unità (37.432) paragonabile a quello del 2005.

E' da evidenziare il fatto che, con buona probabilità, una volta svaniti gli effetti passeggeri dell'indulto, gli ergastolani sono aumentati più che proporzionalmente rispetto all'intera popolazione detenuta condannata, infatti si passa dal 3,3% del 2005 al 4% del 2010.

Il secondo grafico (tab. 2), coerentemente con i dati del primo, dimostra come l'ergastolo sia una pena tutt'altro che in disuso essendo la popolazione ergastolana costantemente in aumento.

Dal 2004 al 2014 gli ergastolani sono passati da 1161 a 1604 registrando un incremento pari al 38% (+ 443 ergastoli unità). La crescita è costante da più di trenta anni, infatti nel 1984 gli ergastolani erano solamente 226, mentre nel 2003 si supera il migliaio di unità (1068).

¹⁴⁶ L. 241/2006. L'indulto, secondo il disposto dell'art. 1 co. 1 prevede che "è concesso per tutti i reati commessi fino a tutto il 2 maggio 2006 nella misura non superiore a tre anni per le pene detentive e non superiore a diecimila euro per quelle pecuniarie sole o congiunte a pene detentive". Escluse, invece, dai benefici dell'indulto le pene accessorie temporanee. L'art. 1 co. 2 escludeva dal campo di applicazione della legge di indulto i seguenti delitti: associazione sovversiva; associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico; arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale; addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale; attentato per finalità terroristiche e di eversione; atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi".



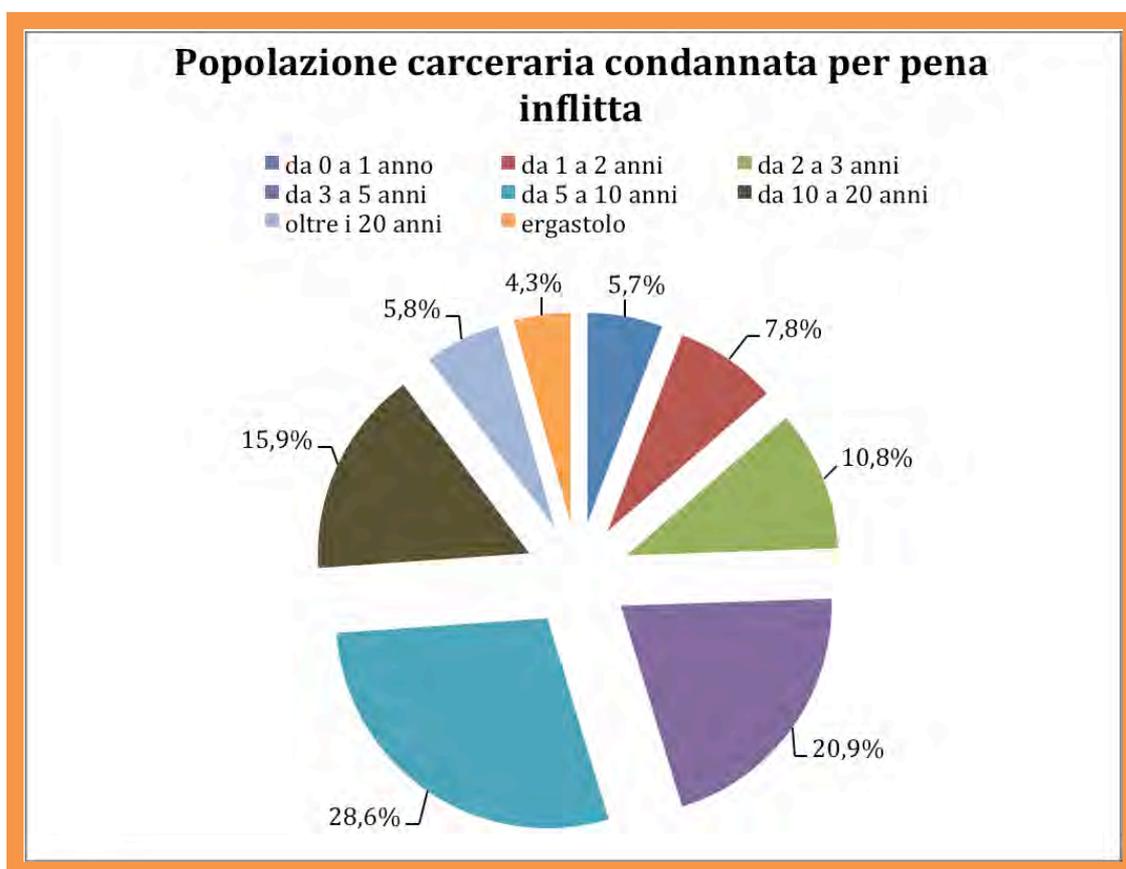
Tab. 2: Unità dei condannati all'ergastolo con almeno una condanna definitiva (dati aggiornati al 30 giugno 2014).

Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - sezione statistica. (dati consultabili sul sito www.giustizia.it, sez. statistiche.).

La tab.1 mostra come, pur essendo diminuito il numero totale dei detenuti dal 2013 al 2014 di 1545 unità¹⁴⁷, la percentuale di ergastolani sia incrementata in modo considerevole dello 0,23% contro lo 0,03% e lo 0,07% rispettivamente degli anni 2013 e 2012, quando ormai gli effetti dell'indulto si erano dissolti.

¹⁴⁷ Dati statistici consultabili sul sito www.giustizia.it.

Il terzo grafico proposto (tab. 3), mette in evidenza la suddivisione, per pena inflitta, dell'intera popolazione detenuta al 30 giugno 2014. L'ergastolo rappresenta il 4,3%, non molto distante dal 5,7% dei condannati da 0 a 1 anno. La maggioranza dei condannati che stanno scontando una pena ha ricevuto una condanna che va dai 5 anni ai 10 anni, che identifica i reati di media gravità.



Tab. 3: Detenuti condannati definitivi presenti al 31 dicembre per durata della pena inflitta Anni 2005 – 2013. Dati in percentuale.

Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - sezione statistica. (dati consultabili sul sito www.giustizia.it, sez. statistiche).

Per quanto concerne la nazionalità (tab. 4), al 30 giugno 2014, su 1604 ergastolani 89 sono stranieri, pari al 6% della popolazione ergastolana. Gli

ergastolani stranieri rappresentano solo l'1% della popolazione carceraria straniera, per lo più condannata per reati di minore gravità.



Tab. 4: Detenuti condannati all'ergastolo in base alla nazionalità (dati aggiornati al 30 giugno 2014).
Fonte: Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - Sezione statistica.

Infine, per i dati riguardanti gli ergastolani in regime di *4-bis* ord. penit., ossia condannati per reati gravi considerati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari, si rimanda al capitolo III.

CAPITOLO II

PROFILI DI INCOSTITUZIONALITA' DELLA PENA PERPETUA

SOMMARIO: 1. Introduzione al problema. – 2. Le teorie della pena. – 2.1. La teoria retributiva. – 2.2. La teoria generalpreventiva. – 2.3. La teoria specialpreventiva. – 3. Pena, rieducazione e Costituzione. – 4. Ergastolo e principio rieducativo. – 4.1. L'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 16 giugno 1956. – 4.2. Le critiche all'ordinanza. – 4.3. La sentenza 264/1974 della Corte costituzionale – 4.4. (Segue): La polifunzionalità della pena. – 4.5. (Segue): La liberazione condizionale come condizione di compatibilità dell'ergastolo con la Costituzione. – 4.6. La sentenza 274/1983 della Corte costituzionale e l'evoluzione del concetto di reinserimento sociale. – 5. Il carattere fisso dell'ergastolo. – 6. La presunta incostituzionalità dell'art. 22 c.p. per disparità di trattamento tra ergastolani. – 7. Ergastolo e divieto di trattamenti inumani. – 8. Applicabilità dell'ergastolo al minore imputabile. – 9. Il c.d. *ergastolo ostativo*: questioni di costituzionalità di una pena effettivamente perpetua (rinvio).

1. Introduzione al problema.

L'ergastolo è da molti anni al centro di una disputa dottrinale che ha portato a dubitare seriamente della legittimità costituzionale di tale pena. Le critiche mosse all'ergastolo in termini di sua legittimità, sono molteplici e se ne darà conto nel corso del capitolo, ma quelle più rilevanti che sono state oggetto di maggior attenzione, sono essenzialmente due.

In primo luogo, l'ergastolo sembra urtare con il principio rieducativo sancito nell'art. 27 co. 3 Cost. che consiste in un processo volto a restituire al condannato l'idoneità a vivere nell'ambiente sociale¹.

In secondo luogo, sembra creare problemi di legittimità costituzionale il carattere fisso dell'ergastolo che si porrebbe in contrasto con le esigenze di individualizzazione della pena che si ricavano dagli artt. 3 e 27 Cost.².

La Corte costituzionale è intervenuta a più riprese su questo argomento sostenendo sempre la compatibilità della pena dell'ergastolo con l'ordinamento costituzionale.

2. Le teorie della pena.

Per comprendere i rapporti tra l'ergastolo, la sua finalità e la sua legittimazione, è doveroso richiamare le teorie della pena alla luce delle pronunce della Suprema Corte e della Corte costituzionale sulla legittimità dell'art. 22 c.p.

2.1. La teoria retributiva.

¹ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 556. “Una pena che, per il suo carattere di perpetuità, escluderebbe a priori il ritorno del condannato nella società sembra urtare contro il principio sancito nell'art. 27 co. 3 Cost”; Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 107.

² Cfr. L. BROLI - F. KING, *Art. 22 c.p.*, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milanofiori, Assago, 2011, p. 316.

La teoria retributiva si caratterizza per la legittimazione della pena statale mediante l'inflizione di un male da parte dello Stato per compensare il male che un uomo ha inflitto ad un altro uomo o alla società³.

E' una teoria c.d. *assoluta* poiché disinteressata agli effetti della pena e svincolata da un qualsiasi fine da raggiungere con la medesima. Si punisce perché è giusto, senza assegnare uno specifico scopo alla pena.

La concezione odierna di retribuzione non fa riferimento alla sola prospettiva degli scopi della pena, ma implica l'idea di proporzione tra entità della sanzione e gravità dell'offesa arrecata. Ciò fa sì che il reo avverta la sanzione penale come giusta assumendo un atteggiamento di maggiore disponibilità verso il processo rieducativo⁴.

2.2. La teoria generalpreventiva.

La teoria generalpreventiva rientra nel novero delle teorie c.d. *relative*, incentrate sugli effetti della pena.

La generalprevenzione legittima la pena come mezzo per orientare la collettività nelle proprie scelte comportamentali e ridurre il tasso di criminalità: in primo luogo, mediante l'intimidazione correlata al contenuto afflittivo della sanzione, la pena viene legittimata poiché si pone come deterrente rispetto al compimento dei reati (c.d. *prevenzione generale negativa*)⁵. In secondo luogo, la

³ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, op. cit.*, p. 4.

⁴ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, p. 716.

⁵ Cfr. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, Milano, 2006, p. 46; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, op. cit.*, p. 4 ss.

funzione generale della pena esplicherebbe la propria efficacia anche come meccanismo di ingegneria sociale⁶ poiché, nel lungo periodo, l'applicazione della pena legittima il sistema penale agli occhi dei consociati. In altre parole, l'effetto di orientamento culturale dovrebbe sostituirsi all'obbedienza dettata dal timore della pena (c.d. *prevenzione generale positiva*).

Le funzioni di deterrenza e di orientamento culturale rispetto alla generalità dei cittadini sono determinanti soprattutto nella fase della minaccia perché se l'obiettivo è impedire la commissione di fatti socialmente lesivi, si deve fare in modo che l'ordinamento penale eserciti la sua influenza prima della loro commissione⁷.

In fase di commisurazione della pena, la prevenzione generale svolge un ruolo marginale. Il giudice non può quantificare la pena con lo scopo di determinare una pena esemplare nel tentativo di distogliere i cittadini dalla commissione di un reato della stessa specie di quello oggetto della condanna⁸.

Le pene esemplari si pongono in conflitto con due principi costituzionali. In primo luogo con il principio della personalità della responsabilità penale (art. 27 co. 1 Cost.), perché una parte di pena irrogata al singolo si fonderebbe non su ciò che ha fatto, ma su ciò che potrebbero fare in futuro altre persone e, in secondo luogo, con il

⁶ C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo*, *Ibidem*.

⁷ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 714.

⁸ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, *op. cit.*, p. 112. “Il rafforzamento della fiducia e del timore dei consociati nell'ordinamento penale non può essere motivo per l'applicazione di pene più elevate del necessario a conseguire le finalità essenziali. La prevenzione generale risulterà d'altra parte assicurata, in quanto ai potenziali trasgressori dei precetti penali si offra la possibilità di verificare il concretarsi della minaccia nella condanna”.

principio della dignità dell'uomo, in base al quale l'uomo non può essere un mezzo per conseguire scopi estranei alla sua persona⁹.

Infine, nella fase di esecuzione della pena, la prevenzione generale svolge un ruolo marginale: qui le attenzioni sono spostate sul trattamento rieducativo, e la deterrenza rimane in secondo piano.

2.3. La teoria specialpreventiva.

La specialprevenzione è una delle teorie relative della pena, e si caratterizza per concepire la pena come strumento per prevenire che l'autore di un reato commetta in futuro altri reati.

La teoria specialpreventiva si articola in quattro diverse forme. In primo luogo la prevenzione speciale può assumere la forma della *risocializzazione*, ove l'obiettivo prioritario è reintegrare il reo nella società nel rispetto della legge¹⁰. In secondo luogo, la specialprevenzione si manifesta nella forma della *intimidazione* rispetto a quelle persone per le quali la pena non può essere risocializzante¹¹

Una terza subfunzione si realizza nella forma della *neutralizzazione* del condannato. L'obiettivo è rendere il condannato inoffensivo e metterlo

⁹ Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, op. cit.*, p. 15 ss.

¹⁰ Per realizzare tale istanza, la l. 354/1975 ha introdotto nell'ordinamento deli strumenti funzionali a consentire un'espiazione extra-murale della pena detentiva, si pensi a misure non strettamente custodiali come la semilibertà, l'affidamento in prova ai servizi sociali e la detenzione domiciliare.

¹¹ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 15. L'autore sostiene che la prevenzione mediante intimidazione speciale consista nell'effetto intimidativo verso lo stesso soggetto cui è irrogata la sanzione che viene così ammonito a non reiterare la violazione dei precetti dell'ordinamento.

nell'incapacità materiale di violare norme penali per un certo lasso di tempo. Si realizza quando il destinatario della pena non risulti suscettibile di risocializzazione e non appaia sensibile agli effetti ammonitrici della pena.

Secondo parte della dottrina, un ulteriore corollario della teoria specialpreventiva si può individuare nella sua funzione di non ulteriore desocializzazione¹². L'obiettivo è evitare che l'esecuzione della pena detentiva funga da strumento di ulteriore desocializzazione per il condannato. Questo è possibile grazie ad istituti come il lavoro all'esterno, i permessi premio e altre forme in grado di mitigare gli effetti di segregazione connaturati all'espiazione della pena.

3. Pena, rieducazione e Costituzione.

L'avvento della Carta Costituzionale sollevò il problema relativo al fondamento e alla finalità della pena. Il legislatore costituzionale all'art. 27 co. 3 Cost. afferma che «*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*».

La dottrina coeva espresse orientamenti ermeneutici volti a restringere la portata del precetto costituzionale, ancorandosi a un'interpretazione letterale del principio rieducativo. Si è sostenuto che la rieducazione sia una finalità non essenziale, ma soltanto uno scopo eventuale poiché secondo il dettato dell'art. 27 co. 3 Cost., la pena deve solamente “*tendere*” alla rieducazione¹³.

¹² C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo*, *op. cit.*, p. 47.

¹³ G. ZUCCALA', *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo*, in AA.VV. *Problema della rieducazione del condannato*, Atti del II Convegno di diritto penale, Cedam, Bressanone, 1963, pag. 70

A sostegno di questa tesi veniva considerato l'ordine di successione dei due enunciati contenuti nel comma 3 dell'art. 27 Cost.¹⁴, deducendo che lo scopo necessario della pena è la retribuzione, mentre la finalità rieducativa sarebbe relegata alla sola fase esecutiva.

Inoltre per cercare di neutralizzare gli effetti del principio costituzionale, la dottrina degli anni cinquanta¹⁵ è ricorsa all'espedito di considerare il terzo comma dell'articolo 27 Cost., una norma programmatica, negando che essa contenesse un precetto vincolante per il legislatore, per riconoscervi soltanto un'indicazione di massima per il legislatore¹⁶.

Queste argomentazioni, tese a restringere la portata del principio rieducativo, sono frutto delle teorie tradizionalmente accolte sulla funzione della pena, ove erano prevalenti i concetti di retribuzione, afflittività e prevenzione speciale ma per lo più riferiti ad una prospettiva trattamentale punitiva del condannato volto all'emenda individuale sotto un profilo prevalentemente etico¹⁷.

Il concetto costituzionale di rieducazione, come oggi viene concepito e come era nel disegno dei Costituenti, è assimilabile al concetto di risocializzazione e reinserimento sociale del reo.

La rieducazione mediante risocializzazione non può realizzarsi coattivamente

¹⁴ Ci si riferisce al fatto che il riferimento al divieto di trattamenti inumani precede il richiamo della rieducazione.

¹⁵ C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, p. 664.

¹⁶ Non ebbe seguito questa tesi poiché gran parte della dottrina riteneva che fosse una norma direttamente precettiva e vincolante per il legislatore ordinario.

¹⁷ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, *op. cit.* p. 701.

essendo perseguibile a patto che il reo sia disposto a collaborare: in questo modo si spiega l'uso del verbo “*tendere*” nell'art. 27 co. 3 Cost.¹⁸.

Ciò premesso, torniamo al tema di nostro interesse, ossia il rapporto tra le finalità della pena, la sua legittimazione e l'ergastolo.

La pena dell'ergastolo sembra, *prima facie*, urtare con le esigenze di prevenzione speciale in termini di risocializzazione poiché, in quanto pena perpetua, sembra precludere la possibilità di un reinserimento del condannato nella società.

Per attenuare il contrasto tra l'ergastolo e la finalità rieducativa, sono intervenute la l. 1634/1962 e la l. 663/1986 (cfr. *supra*, cap. 1, par. 1.4).

La prima, modificando l'art. 176 c.p., ha stabilito che il condannato può essere ammesso alla liberazione condizionale dopo aver scontato ventotto anni di pena.

La seconda ha ridotto da ventotto a ventisei anni la durata della pena che l'ergastolano deve aver espiato prima di poter accedere alla liberazione condizionale.

4. Ergastolo e principio rieducativo.

¹⁸ Su tutti Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, op. cit. p. 96.; G. BETTIOL, in *Diritto penale. Parte generale*, p. 702; B. PETROCCELLI., *La pena come emenda del reo*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. II, Milano, 1952, p. 346; M. SPASARI, *Diritto penale e costituzionale*, Giuffrè, 1966, p.156; Cfr. Corte Cost 313/1990 “«tendere» a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo «tendere» vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione: com'è dimostrato dall'istituto che fa corrispondere benefici di decurtazione della pena ogniqualvolta, e nei limiti temporali, in cui quell'adesione concretamente si manifesti (liberazione anticipata)”.

4.1. L'Ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 16 giugno 1956.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con l'ordinanza del 16 giugno 1956 hanno confermato la compatibilità dell'ergastolo con la disposizione dell'art. 27 comma 3 Cost., ritenendo manifestamente infondata la relativa eccezione di incostituzionalità.

A questo proposito, la Suprema Corte ha sostenuto che la pena dell'ergastolo non è incompatibile con la prima parte del terzo comma dell'art. 27 Cost. (*«le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»*), perché “in essa non altro si è inteso che solamente ribadire il principio della umanizzazione della esecuzione della pena”¹⁹.

Per quanto riguarda la seconda parte del terzo comma dell'art. 27 Cost. (*«le pene...devono tendere alla rieducazione del condannato»*), la Cassazione ha sostenuto che “non risponde né ad una istanza logica, né ad una esigenza di diritto positivo, l'assunto secondo cui l'unico risultato, che la rieducazione mirerebbe a raggiungere, sarebbe quello del riadattamento del condannato alla vita sociale», e che, pertanto, il concetto di rieducazione non può limitarsi alla sola finalità del recupero sociale e del reinserimento del reo nel consorzio civile, ma deve intendersi inclusa nel detto concetto anche la finalità di redenzione morale reo. Continua la Corte sostenendo che “il processo di rieducazione ben può essere attuato, come del resto è ormai acquisita esperienza, anche durante la esecuzione della pena

¹⁹ Cass. SS.UU. 16 giugno 1956.

dell'ergastolo, nell'ambito della quale non è neppure esclusa una sia pur limitata vita di relazione”²⁰.

La Cassazione ha tratto un altro argomento per respingere la tesi della incostituzionalità dell'ergastolo, dal comma 4 dell'art. 27 Cost. che vieta espressamente la pena di morte: il fatto che il divieto riguardi la sola pena capitale dovrebbe indurre a ritenere, a contrario, l'ammissibilità della pena dell'ergastolo²¹.

Inoltre, la Suprema Corte ha osservato come la pena dell'ergastolo non può ritenersi nella realtà una pena sempre perpetua perché, in certi limiti e a certe condizioni, il condannato all'ergastolo può essere graziato²². Il riferimento all'istituto della grazia non appare però decisivo data l'eccezionalità di tale provvedimento che si riferisce peraltro a casi singoli e particolari.

Successivamente, in altre pronunce si afferma che l'ergastolo non è ostativo al reinserimento del condannato nella società poiché ha cessato di essere una pena

²⁰ Cass. SS.UU. 16 giugno 1956, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 485 ss. con nota di A. DALL'ORA. “Non vi è ragione di limitare il concetto di rieducazione del condannato alla sola finalità del suo recupero sociale, ma deve intendersi inclusa nel detto concetto anche quella della redenzione morale del reo, ossia quel percorso attuoso dello spirito, diretto a facilitare il pentimento, che, liberando il condannato dal peso del delitto commesso, lo porti a redimersi”. Cfr. D. PULITANO', *Diritto penale*, Torino, 2013, p. 514 ss; A. JANNITTI PIROMALLO, voce *Ergastolo*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1980, p. 659; G. BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 555 ss.

²¹ In tal senso cfr. A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, 2012, p. 118 ss. L'autore parla di argomento *testuale*, secondo il quale la Costituzione, limitandosi a vietare la pena capitale, non avrebbe escluso l'ergastolo; Cfr. C. 6.10.1971, SOMARELLI, CED 119875.

²² Si criticava questa soluzione perché la grazia concessa dal Presidente della Repubblica è, infatti, un provvedimento eccezionale che può essere adottato soltanto su richiesta del condannato o di un suo prossimo congiunto, e non già un provvedimento da adottarsi nei confronti di tutti gli ergastolani su iniziativa che non parta dal condannato stesso.

perpetua a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 1634/1962 e delle successive modifiche all'ordinamento penitenziario. La possibilità per gli ergastolani di accedere alla liberazione condizionale dopo un periodo di espiazione della pena riconsegnerebbe il condannato alla vita civile²³.

4.2. Le critiche all'ordinanza.

L'ordinanza del 1956 della Corte di Cassazione ha suscitato un vivace dibattito in dottrina ed ancora oggi è presa in considerazione, perché alcuni degli argomenti di tale provvedimento si ritrovano nelle sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato legittima la pena dell'ergastolo²⁴.

Una prima critica è stata mossa sul piano formale. La Cassazione, sollecitata a porre la questione in via incidentale al giudice delle leggi, con la deliberazione processuale di manifesta infondatezza esercitò in sostanza un non ammesso sindacato diffuso di costituzionalità²⁵, decidendo della costituzionalità o meno dell'art. 22 c.p.²⁶.

Una seconda critica poggia sul contenuto del principio rieducativo. Per la Cassazione, rieducare il condannato non vuol dire solo recuperarlo socialmente

²³ Cfr. C. 18.1.1993, BERGAMASCHI, CED 193580; C. 22.2.1984, RUBANU, CED 165048; C. 15.12.1972, MESINA, CED 123700.

²⁴ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, p. 229.

²⁵ In Italia il potere di verificare la legittimità delle leggi è riservato alla Corte costituzionale diversamente da altri sistemi costituzionali ove il potere di verificare delle leggi è riconosciuto in capo ad ogni giudice (ed è il tipico *modello anglosassone*). In questo caso la Cassazione è stata criticata poiché ha svolto un vero e proprio sindacato di legittimità entrando nel merito della questione.

²⁶ P. CALAMANDREI, *Sulla nozione di "manifesta infondatezza"* in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, p. 164 ss;

poiché può bastare, per rispettare i crismi dell'art. 27 Cost., la sua redenzione morale intesa come processo interiore che libera il condannato dal peso del delitto commesso. Non manca chi ha fatto notare che queste considerazioni rispecchiano una visione giusnaturalistica del principio rieducativo non in linea con l'ordinamento costituzionale²⁷.

Una simile accezione del principio rieducativo potrebbe ad una contraddizione con il paradigma liberale dello stato di diritto, che ha come postulati la sovranità della persona sulla propria mente, il diritto di ciascuno a rimanere come è e la separazione tra diritto e morale²⁸.

Il ragionamento dei giudici di legittimità, avvallato da molti studiosi di estrazione cattolica, trova analogie con l'ergastolo nato negli ambienti ecclesiastici medievali, dove il ravvedimento interiore e la perpetua penitenza erano alla base della pena (cfr. *supra*, cap. I, par. 1.1).

Una terza rimostranza viene avanzata in merito all'interpretazione letterale dell'art. 27 Cost. data dalla Suprema Corte per la quale, se i costituenti avessero voluto escludere la pena dell'ergastolo, avrebbero dovuto, al pari di quanto fecero con la pena capitale, prevederlo espressamente²⁹. Non disciplinando divieti espliciti, si ammetteva implicitamente la costituzionalità dell'ergastolo.

L'argomento testuale è stato fortemente criticato poiché se le pene non espressamente vietate fossero, per ciò solo, ammesse, allora si potrebbe pensare che

²⁷ D. GALLIANI, *Umana e rieducativa? La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte Costituzionale*, in www.davidegalliani.it, p. 2.

²⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 2, 1992, p. 82.

²⁹ Cfr. R. CABRI, *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, in *Riv. pen.*, 1990, p. 529.

la tortura, la fustigazione, le mutilazioni e altre forme di punizioni corporali non mortali abbiano cittadinanza costituzionale³⁰.

Inoltre, è stato rilevato che, l'interpretazione letterale, quando ha ad oggetto il testo costituzionale, deve trovare conferma nell'interpretazione sistematica, che chiama in causa altre disposizioni costituzionali. In questo senso la Costituzione contiene disposizioni che si pongono in contrasto con l'ergastolo³¹.

Dai dibattiti dell'Assemblea Costituente si comprende che la pena di morte fu disciplinata solamente per ammettere l'eccezione in tempo di guerra, in quanto sarebbe stato pleonastico, alla luce dell'intera trama costituzionale, vietarla espressamente. I dibattiti dei costituenti dimostrano che in molti si chiesero se non fosse il caso escludere anche l'ergastolo, una volta esclusa la pena di morte, questione affrontata senza raggiungere risultati definitivi³².

4.3. La sentenza 264/1974 della Corte costituzionale.

³⁰ A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia*, op. cit., p. 120.

³¹ A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia*, *Ibidem*. "L'interpretazione letterale deve trovare conferma nell'interpretazione sistematica, che chiama in causa altre disposizioni costituzionali: il principio testualmente espresso per cui le pene «devono tendere alla rieducazione del condannato» (ex art. 27 co. 3 Cost.); la clausola di salvaguardia costituzionale che vieta trattamenti inumani e degradanti in sede cautelare (art. 13 co. 4 Cost.), in sede esecutiva della pena (art. 27 co. 3 Cost.), in sede di trattamenti sanitari (art. 32 co. 2 Cost.); il principio supremo del rispetto della dignità umana (compendiato nell'art. 2 Cost.). Si tratta di una trama costituzionale che rende largamente insufficiente e davvero superficiale l'equivalenza tra non espressa esclusione e /implicita inclusione (ubi voluit dixit, ubi non voluit tacuit)"

³² D. GALLIANI, *Umana e rieducativa? La pena dell'ergastolo*, op. cit., p. 2 ss. Non si arrivò a risultati definitivi per non far prevalere l'orientamento di nessuna scuola penale.

A distanza di quasi venti anni dall'ordinanza della Cassazione del 1956, è stata proposta la questione di legittimità dell'ergastolo alla Corte costituzionale.

Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 22 c.p. viene promosso con ordinanza della Corte di assise di Verona³³ nel corso di un procedimento che vedeva imputati tre soggetti per i delitti di omicidio volontario e rapina pluriaggravati.

La Corte di assise di Verona, accogliendo l'eccezione avanzata dal pubblico ministero, sollevava a sua volta la questione di legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo *ex art. 22 c.p.* in riferimento all'art. 27 co. 3 Cost. (principio rieducativo).

Il giudice *a quo* sosteneva che l'ergastolo, in quanto pena che si risolve nella perpetua privazione della libertà personale, con impossibilità di reinserimento del condannato nella società, contrasterebbe con la "funzione di emenda garantita dall'invocato principio costituzionale"³⁴.

La Corte costituzionale ha respinto la questione di legittimità affermando la compatibilità dell'art. 22 con il dettato dell'art. 27 co. 3 Cost., sulla base di due argomentazioni: la polifunzionalità della pena e la possibilità di accesso alla liberazione condizionale.

4.4. (Segue): La polifunzionalità della pena.

³³ Proc. Versini Pier Alberto ed altri, in *Gazzetta ufficiale*, 12 luglio 1972.

³⁴ Cfr. R. CABRI, *La pena dell'ergastolo, op. cit.*, p. 528. Così l'A.: "L'ordinanza della Corte di assise di Verona del 15 marzo 1972, ribalta la concezione secondo la quale la pena è unicamente la «difesa» sociale e l'intimidazione dei futuri rei. L'art. 27 della Costituzione è collocato nella parte prima, inerente ai diritti e ai doveri dei cittadini, e precisamente, nel titolo relativo ai «rapporti civili», quale appunto libertà personale dell'individuo, innocente o reo. La rieducazione diviene quindi la funzione precipua della pena secondo l'ordinanza citata".

La prima argomentazione muove dal testo dell'ordinanza di rimessione che evidenzia la necessità che le pene abbiano come funzione e fine il riadattamento alla vita sociale.

La Corte, aderendo alla tanto discussa concezione *polifunzionale* (o *polidimensionale*) della pena, sostiene che funzione e fine della pena non è il solo riadattamento sociale dei delinquenti, spesso non sempre conseguibile. Infatti, la pena è sorretta inscindibilmente da altri scopi quali la dissuasione, la prevenzione e la difesa sociale³⁵.

Per questi motivi, prosegue la sentenza, l'art. 27 della Costituzione, “non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole”.

In questo modo la Corte sembra relegare la finalità rieducativa della pena ad un ruolo marginale e meno importante³⁶ rispetto alle esigenze di prevenzione generale derivanti dall'intimidazione che la pena comminata esercita sul calcolo

³⁵ Si cita testualmente Corte cost. 22 novembre 1974, n. 264: “A prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena”.

³⁶ Corte cost. 2 luglio 1990, n. 313. “Veniva trascurato il novum contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa; questa, perciò, veniva assunta in senso marginale o addirittura eventuale e, comunque, ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario”.

utilitaristico di chi delinque e rispetto alle esigenze di neutralizzazione volte a mettere il condannato nell'incapacità materiale di commettere nuovi reati.

La concezione *polifunzionale* della pena, così come delineata dalla sentenza della Corte costituzionale del 1974, è stata ampiamente criticata in dottrina³⁷. Infatti se è vero che la Costituzione, assieme alla finalità rieducativa, riconosce la finalità necessariamente retributiva e quella generalpreventiva è pur vero che esse vanno intese come contenuto unitario della polivalente funzione. Se così non fosse, e dunque basterebbe a salvaguardare la legittimità costituzionale della pena l'esistenza di una soltanto di dette funzioni, sarebbe facile rintracciare nella pena detentiva almeno la finalità retributiva, vanificando il precetto costituzionale che impone una quantomeno tendenziale rieducazione del condannato³⁸ (cfr. *supra*, par. 3).

Ma è poi la stessa Corte costituzionale, sedici anni dopo la pronuncia in esame, a superare la propria posizione in relazione alla funzione della pena, con la sentenza 313/1990.

Richiamando le argomentazioni della sentenza 264/1974, la Corte sottolinea che i caratteri della reintegrazione, dell'intimidazione e della difesa sociale, pur avendo un fondamento costituzionale, "non possono costituire un pregiudizio per la finalità rieducativa espressamente consacrata nella Costituzione nel contesto dell'istituto della pena"³⁹.

³⁷ E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 2, 1992, pp. 69-70.

³⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, *op. cit.*, p. 70; A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia*, *op. cit.*, p. 122.

³⁹ *Ibidem*.

Se il teleologismo della pena venisse assunto esclusivamente o prevalentemente in funzione di quei diversi caratteri, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per finalità di politica criminale sia in termini di prevenzione generale sia in termini di difesa sociale privilegiando la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza, sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione⁴⁰.

Con questa sentenza la Corte riconosce la centralità della finalità rieducativa non soltanto in fase esecutiva, ma anche nella fase della minaccia e dell'applicazione della pena poiché specie e durata della sanzione devono essere calibrate alle necessità rieducative del soggetto⁴¹.

Viene ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie.

Infine, la Consulta conclude richiamando la centralità del principio rieducativo alla luce del panorama giuridico europeo e del suo collegamento con il *principio di proporzione*.

⁴⁰ Cfr. E. GALLO, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, in *Giur. cost.*, vol. I, 1994, p. 1267 ss; Corte cost. 2 luglio 1990, n. 313. “É per questo che, in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena”.

⁴¹ *Ibidem*. “Se finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (nè in sede normativa nè in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto. La Corte ha già avvertito tutto questo quando non ha esitato a valorizzare il principio addirittura sul piano della struttura del fatto di reato (cfr. sentenza n. 364 del 1988).

4.5. (Segue): La liberazione condizionale come condizione di compatibilità dell'ergastolo con la Costituzione.

La seconda argomentazione, proposta dalla Corte costituzionale nella sentenza 264/1974, per respingere l'ipotesi di un contrasto tra l'ergastolo e il principio rieducativo poggia sull'istituto della liberazione condizionale.

Secondo la Corte l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano nel consorzio civile è consentito grazie all'istituto della liberazione condizionale previsto all'art. 176 c.p. nel testo modificato dall'art. 2 della l.1634/1962.

Nella motivazione della sentenza 264/1974, viene richiamata la sentenza 204/1974, con cui la Corte che aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 176 c.p., nella parte in cui attribuiva al Ministro della giustizia, anziché ad un organo giurisdizionale, la facoltà di concedere la liberazione condizionale.

Il fatto che la liberazione condizionale, beneficio ora rimesso alla valutazione discrezionale di un giudice⁴², consenta la liberazione del condannato dopo l'espiazione di ventotto anni di pena⁴³ costituisce, secondo la Corte nella sentenza 264/1974, una *condicio* di legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo.

⁴² Corte cost. 22 novembre 1974, n. 264, secondo cui la liberazione condizionale “sarà concessa non più in relazione a scelte discrezionali del potere politico, ma in base ad una decisione dell'autorità giudiziaria (cui l'interessato avrà diritto di rivolgersi) che con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale accerterà se il condannato abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento”.

⁴³ Diventati poi 26 per effetto della legge Gozzini (si noti poi che, per effetto della liberazione anticipata gli anni possono scendere a 21).

Un orientamento dottrinale assolutamente maggioritario⁴⁴ ha evidenziato la contraddizione in cui cade la Corte legittimando la pena perpetua nella misura in cui, in fase esecutiva, tende a non essere perpetua. Secondo la Corte non esisterebbe l'ergastolo nella realtà, ma solo nelle norme: esiste come pena minacciata ma non come pena scontata e per questo motivo non sarebbe necessario eliminarla dalle norme⁴⁵.

In questo modo però, si osserva, la Corte costituzionale ha espresso un giudizio su un fatto, ossia l'eventuale accesso dell'ergastolano alla liberazione condizionale, evitando di pronunciarsi sulla disposizione legislativa⁴⁶. Inoltre, c'è da tenere in considerazione il fatto che giuridicamente la pena dell'ergastolo resta perpetua essendo la liberazione condizionale solo un beneficio che l'ergastolano gode in fase esecutiva solo a certe condizioni (cfr. *supra*, cap. I, par. 2.2.1) che possono anche non realizzarsi mai. I sostenitori di questa tesi, partendo da un'analisi empirica della situazione penitenziaria dei condannati all'ergastolo, evidenziano come ci possano essere casi in cui il condannato sconti senza soluzione di continuità la pena in un carcere per tutta la vita⁴⁷.

Un'altra sentenza che dimostra come la Corte fondi la sua convinzione circa la legittimità dell'ergastolo sulla liberazione condizionale è rappresentata dalla

⁴⁴ Cfr. E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo*, *op. cit.*, p. 68 ss.; Cfr. R. CABRI, *La pena dell'ergastolo*, FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, *op. cit.*, p. 82 ss; A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia*, *op. cit.*, p. 123; S. SARTARELLI, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una contradictio in terminis ancora irrisolta. (In particolare riflessioni sulla sentenza n. 161/1997)*, in *Cass. pen.*, vol. II, 2001, p. 1356.

⁴⁵ FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁶ A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia*, *op. cit.*, p. 124.

⁴⁷ A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in www.penalcontemporaneo.it, pp. 20-21.

sentenza 161/1997 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 177 co. 1 c.p. nella parte in cui non prevede che il condannato all'ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, possa essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio, ove ne sussistano i relativi presupposti. Nella motivazione è specificato che, non può non rilevarsi l'illegittimità costituzionale, poiché il divieto per i condannati all'ergastolo di essere riammessi alla liberazione condizionale li esclude in modo permanente ed assoluto dal processo rieducativo e di reinserimento sociale, in contrasto ancora una volta con l'art. 27 co. 3 Cost.

La Corte afferma: “se la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo, vale evidentemente la proposizione reciproca, secondo cui detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia pure attraverso il passaggio per uno o più esperimenti negativi, fosse totalmente preclusa, in via assoluta, la riammissione del condannato alla liberazione condizionale”.

In tal modo viene consentita la possibilità per gli ergastolani di poter essere riammessi alla liberazione condizionale nonostante ne sia intervenuta la revoca, salvo che sia accertato un suo successivo ravvedimento aderendo al programma rieducativo⁴⁸.

⁴⁸ S. SARTARELLI, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo*, op. cit., p. 1356. “Risulta evidente pertanto il tentativo di mitigare la posizione di chi si trovi nella condizione di condannato a pena perpetua (la quale ontologicamente parlando rimane tale) al fine di renderla di fatto non più “a vita” e, di conseguenza, più aderente al principio della finalità rieducativa della pena, ma senza assumere una posizione più decisiva sull'argomento che non sia quella di continuare a mantenere sempre e comunque l'ergastolo nel nostro ordinamento;

4.6. La sentenza 274/1983 della Corte costituzionale e l'evoluzione del concetto di reinserimento sociale.

Nel 1983, la Corte costituzionale si trovò a dover affrontare due diverse questioni di legittimità costituzionale di fondamentale importanza nei rapporti intercorrenti tra la pena dell'ergastolo e la rieducazione del condannato.

In particolare, le doglianze d'incostituzionalità riguardavano la presunta illegittimità dell'art. 54 ord. penit. in relazione agli artt. 3 e 27 co. 3 della Costituzione e dell'art. 50 co. 2 ord. penit. in riferimento all'art. 27 co. 3 Cost.

Con riferimento alla liberazione anticipata (anteriormente alla riforma del 1986), il problema dell'applicabilità ai condannati all'ergastolo delle riduzioni di pena ai fini della liberazione condizionale, in assenza di una esplicita disposizione normativa, era stato risolto negativamente dalla Corte di Cassazione⁴⁹.

Corte cost. 4 giugno 1997, n. 161, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 121 ss., con nota di A. LONGO., *Brevi osservazioni sui rapporti tra ergastolo e liberazione condizionale suggerite dalla sentenza n. 161/97*. "Postulare una simile correlazione tra ergastolo e liberazione condizionale dovrebbe, probabilmente, condurre a decisioni ben più radicali di quella adottata dalla Corte ma la compatibilità della pena perpetua con le istanze proprie di uno stato liberale è certamente questione troppo delicata e controversa perché possa essere risolta unicamente dai giudici della Consulta; rimane, tuttavia, dubbia la possibilità di conciliare le esigenze rieducative che la pena dovrebbe soddisfare ai sensi dell'art. 27, 3° comma, Cost., con una punizione che cela una valenza ferocemente retributiva".

⁴⁹ Su tutte: Cass. pen., Sez. I, 3 marzo 1978, *Casaroli* in *Cass. pen.*, 1979, p. 1617. "La liberazione anticipata, comportando una riduzione di pena, e presupponendo perciò una pena di durata temporanea, non è conciliabile con la natura perpetua dell'ergastolo; né d'altra parte è applicabile ai soli fini del computo del periodo richiesto per la liberazione condizionale, dal momento che, secondo l'espressa disposizione dell'art. 176, comma 3°, c.p., il periodo di ventotto anni di pena, che l'ergastolano deve aver scontato per essere ammesso al beneficio, deve essere effettivo". In senso conforme: Cass. pen., Sez. I, 13 dicembre 1977, *Chiaiese* in *Cass. pen.*, *ivi*, p. 1355; Cass. pen., Sez. I, 15 febbraio 1978, *Serra* in *Cass. pen.*, *ivi*, p. 725.

La Cassazione riteneva che la riduzione di pena sancita dall'art. 54 ord. penit. fosse non compatibile con la natura di pena perpetua dell'ergastolo e che si applicasse alle sole pene temporanee. Inoltre, fu respinta a più riprese anche la richiesta di applicazione delle riduzioni di pena ai soli fini di abbreviare il periodo minimo di detenzione per accedere alla liberazione condizionale. La Suprema Corte era orientata a negare l'applicabilità dell'art. 54 ord. penit. al condannato all'ergastolo, facendo leva sul dettato dell'art. 176 co. 3 c.p., il quale prevede che il condannato all'ergastolo potesse essere ammesso alla liberazione condizionale solo dopo aver *scontato effettivamente* ventotto anni di pena.

Questa considerazione è stata però criticata dalla dottrina, che ha osservato come l'avverbio "*effettivamente*" rendeva irrilevante la riduzione di pena poiché si riferiva al testo di una norma emanata quando non era previsto alcun istituto assimilabile a quello poi introdotto con l'art. 54 ord. penit.⁵⁰

Nel 1983, la questione è stata sottoposta all'attenzione della Corte con un'ordinanza di rimessione della Sezione di sorveglianza della Corte d'appello di Palermo⁵¹ ove veniva rilevato un dubbio di compatibilità costituzionale dell'art. 54 ord. penit. in riferimento agli artt. 3 e 27 co. 3 Cost. nella parte in cui non prevede che la riduzione di pena (di venti giorni per ciascun semestre di pena detentiva scontata) possa essere accordata al condannato all'ergastolo, sia pure al solo fine di

⁵⁰ V. GREVI, *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 60;

⁵¹ In modo analogo, ma con il solo riferimento all'art. 3 Cost l'ordinanza di rimessione del 17 giugno 1982 della Sezione di sorveglianza della Corte d'appello di Bologna. I giudizi di legittimità costituzionale vengono riuniti.

abbreviare il periodo minimo di detenzione necessario perché possa aspirare alla liberazione condizionale⁵².

Secondo le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, l'art. 54 ord. penit. presupponeva la partecipazione del condannato a pena detentiva all'opera di rieducazione, per un più efficace reinserimento nella società. L'esclusione da tale beneficio per i condannati all'ergastolo avrebbe violato la finalità rieducativa prevista dal terzo comma dell'art. 27 Cost. per tutti i condannati, e quindi anche per i condannati all'ergastolo, ai quali non è precluso il reinserimento nel consorzio civile per effetto della liberazione condizionale (sentenza 264/1974 Corte Cost.).

L'esclusione avrebbe violato altresì il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), comportando un'irrazionale disparità di trattamento tra il condannato all'ergastolo e il condannato a una pena detentiva temporanea.

La Corte costituzionale, sulla base di tali premesse, ritenne fondata la questione e dichiarò l'illegittimità dell'art. 54 ord. penit. nella parte in cui non prevedeva la possibilità di concedere anche al condannato all'ergastolo la riduzione di pena, ai soli fini del computo della quantità di pena così detratta nella quantità scontata, richiesta per l'ammissione alla liberazione condizionale.

⁵² Art. 54 ord. penit. originario. "Al condannato a pena detentiva che abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione può essere concessa, ai fini del suo più efficace reinserimento nella società, una riduzione di pena di venti giorni per ciascun semestre di pena detentiva scontata. La concessione del beneficio è comunicata all'ufficio del pubblico ministero presso la corte d'appello o il tribunale che ha emesso il provvedimento di esecuzione o al pretore se tale provvedimento è stato da lui emesso. La condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio ne comporta la revoca. Nel computo della quantità di pena scontata per l'ammissione alla liberazione condizionale la parte di pena detratta ai sensi del presente articolo si considera come scontata. La concessione della liberazione anticipata non è ammessa nei casi di cui al secondo comma dell'articolo 47".

Veniamo ora alla seconda questione di legittimità costituzionale cui abbiamo accennato, ossia quella relativa all'art. 50 co. 2 ord. penit.⁵³. La norma in questione disponeva che il condannato potesse essere ammesso al regime di semilibertà⁵⁴ soltanto dopo l'espiazione di almeno metà della pena⁵⁵. Secondo il giudice *a quo* l'uso di tale espressione escludeva indirettamente dal beneficio il condannato all'ergastolo poiché la prescritta condizione dell'espiazione di almeno metà della pena non poteva realizzarsi nei confronti dell'ergastolo, attesa la sua perpetuità⁵⁶. Il giudice *a quo*, nel ravvisare in tale esclusione una violazione del principio rieducativo, chiedeva una "integrazione della norma, ammettendo il condannato all'ergastolo al regime di semilibertà con l'inserimento di condizioni temporali particolari ovviamente diverse da quelle previste dalla legge ed applicabili alle sole pene temporanee".

⁵³ Art. 50 ord. penit. originario. "Fuori dai casi previsti dal precedente articolo e dal precedente comma, il condannato può essere ammesso al regime di semilibertà soltanto dopo l'espiazione di almeno metà della pena. L'internato può esservi ammesso in ogni tempo".

⁵⁴ La *semilibertà* è una misura alternativa alla detenzione (art. 48 ord. penit.) per la quale il condannato trascorre la maggior parte della giornata all'interno di un istituto di pena salvo uscirne il tempo necessario per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale. Ha la funzione di correttivo agli effetti desocializzanti della pena detentiva.

⁵⁵ Per approfondire i rapporti tra ergastolo, semilibertà e liberazione anticipata Cfr. E. BERNARDI, *Ergastolo, semilibertà e liberazione anticipata*, in *Legislazione penale*, 1984, p. 126 ss; A. BERNARDI, *Ergastolo: verso un'effettiva pluridimensionalità della pena perpetua?*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1984, p. 391 ss.

⁵⁶ Corte cost. 21 settembre 1983, n. 274, *p.to 5 considerato in diritto*: "la prescritta condizione della espiazione di almeno metà della pena non può ovviamente ricorrere là dove la pena, essendo perpetua (art. 22 del codice penale), adegua la sua durata alla stessa imprevedibile durata della vita del condannato, e perciò non si estende in un predeterminato arco temporale, del quale possa essere calcolata la metà".

Andava inoltre riconosciuto a qualsiasi condannato, alla luce della sentenza 204/1974 della stessa Corte, il diritto che la pena inflitta fosse espiata con il perseguimento della finalità rieducativa sancita dall'art. 27 Cost., mediante l'osservazione del detenuto e il riesame degli effetti prodotti dal processo di rieducazione svolto nei suoi confronti.

La questione di legittimità venne dichiarata inammissibile poiché la Corte costituzionale si reputò non competente a determinare il *quantum* di pena che dovrebbe essere già stata espiata dal condannato all'ergastolo perché possa essere presa in considerazione la sua ammissione al regime di semilibertà. Infatti, secondo la motivazione della Corte, provvedere a un siffatta non rientra tra le sue competenze ed eccede i suoi poteri, implicando una scelta di natura discrezionale⁵⁷.

Per effetto di questa sentenza il legislatore prese coscienza dei problemi messi in evidenza, intervenendo tempestivamente su istituti che non svolgevano verso i condannati all'ergastolo quella finalità rieducativa propria della fase esecutiva⁵⁸.

L'attuale art. 54 ord. penit., come modificato dalla l. 663/1986, consente ai condannati all'ergastolo di usufruire delle riduzioni di pena non solo ai fini della liberazione condizionale ma anche ai fini del calcolo relativo alla semilibertà, nonché ai permessi premio.

5. Il carattere fisso dell'ergastolo.

⁵⁷ V. GREVI, *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, op. cit., p. 828 ss.

⁵⁸ Per approfondire l'oggetto della sentenza cfr. V. GREVI, *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, op. cit., p. 801 ss.

Un ulteriore dubbio di legittimità costituzionale è stato sollevato dalla dottrina in relazione al carattere di pena fissa dell'ergastolo che si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali di eguaglianza, di colpevolezza e della rieducazione del condannato⁵⁹ poiché viene comminata senza essere commisurata al fatto e alla personalità del reo.

La Corte costituzionale, rigettando tutte le questioni sollevate, affrontò per la prima volta il problema delle *pene fisse* con la sentenza 67/1963 della Corte costituzionale. Nel corso di un procedimento penale presso la Corte d'appello del Tribunale di Napoli la difesa sollevava eccezione di incostituzionalità relativamente all'art. 54 del d.l. 2033/1925, reato contravvenzionale in materia agraria, punito con una pena pecuniaria fissa. La difesa sosteneva che la suddetta pena pecuniaria, poiché stabilita in misura fissa, contrastava con gli artt. 27 co. 1 Cost. (principio di colpevolezza), 27 co. 3 Cost. (principio rieducativo) e 3 co. 1 Cost. (principio di eguaglianza).

Dunque la prima eccezione di incostituzionalità riguardava l'art. 27 co. 1 Cost., secondo cui la responsabilità penale è personale. L'ordinanza di remissione rilevava che l'art. 27 co. 1 Cost. oltre a sancire il divieto di far valere la responsabilità penale per fatto altrui, impone al legislatore di determinare la pena in misura variabile fra un massimo e un minimo, così da consentire al giudice di adeguarla alle condizioni personali del colpevole. La Corte respinse la questione interpretando restrittivamente il precetto costituzionale che si assumeva violato, nel

⁵⁹ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, op. cit., p. 556.

senso che esso escludeva soltanto ogni responsabilità di chi è estraneo alla commissione del fatto⁶⁰.

Nella stessa sentenza, la Corte analizzò un secondo profilo di illegittimità per il quale la pena fissa, non proporzionata al fatto e alla personalità del condannato, induce sentimenti reattivi che incidono negativamente sull'opera di risocializzazione voluta dall'art. 27 co. 3 Cost.. La Corte respinse la questione sostenendo che l'emenda del condannato quale finalità della pena è affidata piuttosto alla fase esecutiva⁶¹ e che comunque non viene compromessa dal carattere fisso della pena⁶².

Venne dunque negato che dall'art. 27 co. 1 e co. 3 Cost. derivi un'esigenza di individualizzazione della pena, tale da rendere per ciò solo illegittime le comminatorie fisse⁶³.

⁶⁰ Corte cost. 15 maggio 1963, n. 67. “La concorde volontà del Costituente, indirizzata nel dettare la disposizione in esame (secondo risulta dai lavori preparatori) allo scopo di riaffermare, nel campo giuridico penale, quell'alto principio di civiltà per cui ciascuno deve portare la pena soltanto delle proprie colpe e non anche di quelle altrui, principio che così gravi violazioni ha subite nel recente passato, ha trovato precisa ed univoca espressione nella formula adoperata della “responsabilità personale”, che vuole affermare il legame esclusivo ed indissolubile fra le conseguenze penali che l'ordinamento giuridico fa derivare dal reato e la persona che quel reato ha posto in essere, e non investe, quindi, il rapporto di adeguazione del trattamento penale inflitto alle condizioni proprie del soggetto”.

⁶¹ C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 727. La Corte “ha inoltre arbitrariamente riferito alla sola fase esecutiva l'operatività del «fine rieducativo».

⁶² Corte cost. 15 maggio 1963, n. 67. “Ancor meno degno di considerazione è il motivo con cui si fa valere un presunto contrasto della norma impugnata con il terzo comma dello stesso art. 27, e ciò perché l'emenda del condannato, che questo pone quale una delle finalità della pena, è affidata piuttosto ai modi della sua esecuzione, e comunque non può riuscire compromessa per la sola circostanza del carattere di rigidità impresso alla pena medesima dalla legge”.

⁶³ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, *Ibidem*.

Un terzo e fondamentale profilo di legittimità viene analizzato dalla Corte in relazione all'art. 3 Cost.

Il giudice *a quo* rilevava una presunta violazione del principio di eguaglianza in relazione alle pene fisse poiché nel caso in questione sarebbe stato impossibile per il giudice regolare la sanzione tra un minimo e un massimo. La Corte, pur ammettendo che lo strumento più idoneo al conseguimento di tale finalità fosse la previsione da parte del legislatore di una cornice edittale, ritenne che esso non potesse ritenersi il solo strumento⁶⁴. Nel caso di specie la Corte ha sostenuto che il giudice possa procedere ad graduazione della pena “attraverso l'applicazione delle circostanze, e in particolare di quelle generiche ex art. 62 bis, allorché egli ritenga di dover diminuire la pena”.

⁶⁴ Corte cost. 15 maggio 1963, n. 67. “Quanto, infine, alla violazione del principio di eguaglianza che si vorrebbe far derivare da tale rigidità, pel fatto che nel caso in questione verrebbe meno la possibilità per il giudice di regolare la sanzione fra un minimo e un massimo, è da osservare che, se pure è da ammettere che lo strumento meglio idoneo al conseguimento di tale finalità sia la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un massimo ed un minimo, non può invece ritenersi che esso sia il solo, e che quindi la omissione della sua adozione in singoli casi incida sulla validità della legge che incorra in essa (secondo è stato già statuito con la sentenza n. 15 del 1962). È tuttavia da osservare che anche nell'ipotesi prospettata l'esigenza della adeguazione della pena alle condizioni personali del reo rimane soddisfatta ove il sistema penale consenta al giudice (come avviene in quello da noi vigente) di potere valutare a tale effetto, fra le varie modalità presentate dalle singole attività criminose, anche quelle attinenti alle condizioni predette. Così, per limitarsi alle sanzioni pecuniarie, tale sistema rende possibile al giudice di procedere ad una loro graduazione attraverso l'applicazione di talune circostanze, e in particolare di quelle generiche ex art. 62 bis, allorché egli ritenga di dover diminuire la pena, oppure usando del potere di aumentare l'ammenda fino al triplo (ai sensi del secondo comma dell'art. 26 del cod. pen., nel testo modificato dal D.L.C.P.S. 21 ottobre 1947, n. 1250) nei casi in cui le condizioni economiche del reo facciano presumere la sua inefficacia ove rimanesse contenuta nella misura prevista in via generale dal primo comma dello stesso art. 26”.

Sempre in tema di pene fisse, riteniamo opportuno considerare la sentenza 50/1980 della Corte costituzionale anch'essa non relativa specificamente all'ergastolo.

Le questioni sollevate dai giudici *a quibus* furono molteplici⁶⁵, ma la doglianza principale riguardava anche in questo caso la presunta violazione dell'art. 3 Cost. relativamente a una norma del codice della strada⁶⁶. La norma in questione prevedeva una pena pecuniaria in misura fissa di lire 800.000 di ammenda e 15 giorni d'arresto per chiunque circolasse con un veicolo dal peso complessivo a pieno carico consentito superiore ai trenta quintali. La questione era stata sollevata poiché in questo modo venivano equiparate rigidamente *quoad poenam* situazioni diverse, come comportamenti dolosi e colposi, ed in genere violazioni di diversa gravità, sotto il profilo oggettivo e/o soggettivo, della medesima norma⁶⁷.

La Corte rileva che nella sentenza 67/1963 aveva già dichiarato non fondata la questione di legittimità in relazione all'art. 3 Cost. pur rilevando in motivazione come lo strumento più idoneo al conseguimento delle finalità della pena, e più congruo rispetto al principio d'uguaglianza, fosse la mobilità della pena.

Infatti, prosegue la Corte, “in via di principio, invero, l'individualizzazione della pena, in modo da tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali

⁶⁵ Alcune ordinanze ipotizzavano che tale previsione della pena in misura fissa contrastava con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.; con i principi sulla funzione giurisdizionale, di cui agli artt. 101 e 102 Cost. e con i principi della responsabilità personale e della funzione rieducativa della pena di cui agli artt. 27 co. 1 e 27 co. 3 Cost.

⁶⁶ Art. 121 co. 3 del t.u. delle norme concernenti la disciplina della circolazione stradale, approvato con D.P.R. 393/1959

⁶⁷ Cfr. Corte cost. 14 aprile 1980, n. 50.

(principio d'uguaglianza)” dove assume un ruolo centrale la discrezionalità giudiziale nella commisurazione della pena (artt. 132 e 133 c.p.).⁶⁸

L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, proporzione della pena rispetto alle personali responsabilità, svolgendo una funzione di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale.

In questi termini viene affermato dalla Corte che, di regola, sussiste l'esigenza che l'impianto sanzionatorio assicuri la possibilità di adeguare le pene inflitte con le sentenze di condanna in proporzione alle personali responsabilità ed alle esigenze di risposta punitiva⁶⁹. Questa esigenza normalmente è soddisfatta tramite lo strumento della discrezionalità del giudice nell'irrogazione della pena.

Tuttavia, mutando sensibilmente il suo orientamento originario (risalente alla sentenza del 1963), la Corte costituzionale riconosce che “in linea di principio, previsioni sanzionatorie fisse non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale.”⁷⁰

Dunque, se la *discrezionalità* è la regola, allora ogni comminatoria fissa è di per sé indiziata di illegittimità, salvo che essa venga esclusa in seguito ad un controllo strutturale della fattispecie⁷¹.

⁶⁸ Cfr. Corte cost. 10 luglio 1973, n. 118.

⁶⁹ C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione*, op. cit., p. 738. “Le istanze di *personalizzazione* storicamente emerse soprattutto in materia penale impongono al legislatore prima ancora che al giudice di garantire alla pena il massimo adeguamento al concreto: ne discende la costituzionalizzazione dell'art. 133 c.p.

⁷⁰ Corte cost. 14 aprile 1980, n. 50.

⁷¹ Cfr. E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 345 ss.; C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione*, Ivi., p. 738

Il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato soltanto "a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato". In altri termini, non si esclude che in ipotesi particolari la pena possa risultare congrua anche se priva di elasticità. Ciò avviene qualora l'illecito, per sua stessa conformazione, non sia graduabile e dunque la pena relativa ad una singola fattispecie risulti proporzionata rispetto all'intera gamma dei comportamenti tipicizzati.

Tornando al tema di nostro interesse, si tratta dunque di verificare se le attuali previsioni normative dell'ergastolo risultino, pur essendo prive di elasticità, proporzionate o congrue rispetto all'intera gamma dei fatti tipizzati nelle fattispecie sanzionate con la massima pena⁷². In altre parole si tratta di verificare se le fattispecie che prevedono la pena dell'ergastolo sono di gravità analoga tra di loro.

Come si può notare dalle pronunce della Corte costituzionale, il complesso dibattito riguardante il rapporto tra pene fisse ed ergastolo è ruotato principalmente attorno al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). La pena dell'ergastolo è la pena fissa per eccellenza e la fattispecie non consente la mobilità della pena tra un minimo ed un massimo predeterminato dal legislatore. Il principio di eguaglianza impone trattamenti punitivi ragionevolmente differenziati in base all'entità del fatto e alle condizioni personali del reo. Questo ruolo, come già ricordato, è svolto dagli artt. 132 e 133 c.p. riguardanti la commisurazione della pena all'interno della cornice edittale da parte del giudice. L'ergastolo poiché risponde ad un automatismo normativo è dunque apparso e appare tuttora indiziato di illegittimità costituzionale.

⁷² Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 730.

Un'altra questione riguardante l'art. 3 Cost. sotto il profilo dell'eguaglianza sostanziale può porsi in riferimento all'attuale sperequazione del trattamento sanzionatorio delle manifestazioni estreme di criminalità, "appiattite" sotto l'unica soluzione dell'ergastolo⁷³. In caso di concorso di reati che importano l'ergastolo (art. 72 c.p.), la pena comminata è l'ergastolo, pena già prevista per le singole fattispecie criminose rilevanti per il concorso.

In altre parole, il carattere fisso dell'ergastolo crea un meccanismo per cui si trattano situazioni differenti per gravità e offensività allo stesso modo, ossia con la pena perpetua.

Lo stesso art. 72 c.p. manifesta l'esigenza di trattare situazioni più gravi in concreto con una pena più severa tramite la previsione dell'isolamento diurno da sei mesi a tre anni. La modulazione delle manifestazioni criminose più gravi in concreto con la sola previsione dell'isolamento diurno non appare sufficiente per rispettare il dettato dell'art. 3 Cost⁷⁴.

Come abbiamo già potuto evidenziare (cfr. *supra*, cap. I, par. 3.7), il progetto redatto dalla Commissione Palazzo⁷⁵ e mai attuato, in tema di ergastolo adotta una soluzione coerente con il dettato costituzionale. La Commissione proponendo di sostituire l'ergastolo con una pena detentiva temporanea (detenzione speciale) per le

⁷³ Cfr. Relazione allegata allo *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, consultabile sul sito www.penalcontemporaneo.it, par. III /10.

⁷⁴ Si ricordi il dibattito sulla natura dell'isolamento diurno (cfr. *supra*, cap. I, par. 2.2.2). Cfr. B. RIVA, *Art. 72 c.p.*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milanofiori, Assago, 2011, p. 1274.

⁷⁵ *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, dicembre, 2013, consultabile sul sito www.penalcontemporaneo.it.

singole fattispecie criminose e di riservare la pena dell'ergastolo al solo caso di concorso di più reati (art. 72 c.p.) tutti puniti con la detenzione speciale, ha cercato di rendere più equo il sistema sanzionatorio.

6. La presunta incostituzionalità dell'art. 22 c.p. per disparità di trattamento tra ergastolani.

Sono stati avanzati in dottrina dubbi di costituzionalità della pena dell'ergastolo in relazione all'art. 3 Cost.

L'effettiva durata della pena inflitta dipende dalla concreta durata della vita di ogni singolo condannato all'ergastolo e non dalla gravità del fatto. Nel momento dell'esecuzione dell'ergastolo, la misura edittale prevista dall'art. 22 c.p., non garantisce di per sé parità di trattamento.

L'afflittività della sanzione sarà direttamente proporzionale non alla gravità del reato, bensì alla durata della vita del condannato⁷⁶.

7. Ergastolo e divieto trattamenti inumani

In tema di ergastolo e divieto di trattamenti inumani rilevano in particolare tre disposizioni del nostro ordinamento giuridico: l'art. 27 co. 3 Cost., l'art. 1 ord. penit., e l'art. 3 CEDU. Queste norme sottolineano l'esigenza che tutte le pene, compreso l'ergastolo, non comportino trattamenti inumani o degradanti per il soggetto condannato.

⁷⁶ A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, op. cit., p. 14.

La prima disposizione che analizziamo è l'art. 27 co. 3 Cost. prima parte che stabilisce: «*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*». Secondo parte della dottrina la previsione dell'ergastolo nel novero delle sanzioni penali appare incompatibile con il dettato costituzionale⁷⁷.

In questo senso, deve considerarsi che il divieto di punizioni e trattamenti inumani non riguarda solamente la fase di esecuzione della pena ma anche la fase comminatoria, ossia il momento in cui il legislatore sceglie come e quanto limitare la libertà personale. Per questi motivi, una pena di durata temporale indefinita, proprio per la sua eccessività edittale risulta inumana e degradante. Ancor più indiziata di illegittimità costituzionale sarebbe d'altronde la pena dell'ergastolo con isolamento diurno prevista dall'art. 72 c.p. in caso di concorso di reati che importano l'ergastolo e di reati che importano pene detentive temporanee (cfr. *supra*, cap. I, par. 2.2.2).

La Corte costituzionale, investita della questione di legittimità riguardante l'art. 72 c.p., ha chiarito che l'isolamento diurno non può essere considerata una misura contraria al senso di umanità e incompatibile con l'art. 27 co. 3 Cost., considerato che il condannato sottoposto a detta misura può comunque far vita comune partecipando alle attività lavorative⁷⁸.

E' da sottolineare come non siano presenti sentenze della Corte costituzionale riguardanti il rapporto tra l'art. 22 c.p. e il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità.

⁷⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, *op. cit.*, p. 15; A. BERNARDI, *L'orribile necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, *op. cit.*, p. 86; G. BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 1 ss.

⁷⁸ Corte cost. 22 dicembre 1964, n. 115.

Un'ulteriore specificazione della norma costituzionale è rintracciabile nel dettato dell'art. 1 ord. penit.: «*il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona*». Perciò anche in fase esecutiva la pena dell'ergastolo dovrà risultare umana nel rispetto della dignità del condannato. Si cerca di perseguire questo obiettivo attraverso le norme di ordinamento penitenziario. In proposito, come abbiamo già visto (cfr. *supra*, par. 4.6), con la sentenza 274/1983, la Corte costituzionale è intervenuta estendendo agli ergastolani la possibilità di usufruire della liberazione anticipata e della semilibertà. In tal modo, oltre che rispettare i crismi del principio rieducativo, si “umanizza” l'esecuzione della pena in conformità all'art. 27 co. 3 Cost. prima parte.

Di grande rilevanza in tema di divieto di trattamenti contrari all'umanità è l'argomento del divieto di accesso ai benefici penitenziari (liberazione condizionale, permessi premio, semilibertà, lavoro all'esterno) per condannati che hanno commesso determinati reati, prevalentemente in ambito mafioso o terroristico, elencati nell'art. 4-*bis* ord. penit.

Come vedremo nel corso della trattazione (cfr. *infra*, cap. IV), la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è intervenuta a più riprese analizzando le legislazioni di alcuni paesi operanti nell'ambito del Consiglio d'Europa che, prevedendo la pena dell'ergastolo senza la possibilità di accedere alla liberazione condizionale, erano fortemente indiziate di contrasto con l'art. 3 CEDU⁷⁹.

8. Applicabilità dell'ergastolo al minore imputabile.

⁷⁹ Art. 3 CEDU. «*Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*».

La pena dell'ergastolo poteva essere applicata anche ai minori di età fino all'intervento della Corte costituzionale con la sentenza 168/1994⁸⁰.

Il Tribunale rimettente sollevò questione di legittimità costituzionale degli artt. 17 e 22 c.p., nella parte in cui tali norme non escludono l'applicabilità della pena dell'ergastolo nei riguardi del minorenne, in riferimento agli artt. 10 co. 1 Cost., 27 co. 3 Cost., 31 co. 2 Cost.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 17 e 22 c.p. per violazione dell'art. 31 co. 2 Cost. in relazione all'art. 27 co. 3 Cost., nella parte in cui non escludono l'applicabilità della pena dell'ergastolo al minore imputabile, rigettando le doglianze riguardanti l'art. 10 co. 1 Cost.

L'art. 10 co. 1 Cost. prevede che «*L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute*». Il giudice *a quo* rilevava che l'ordinamento non si era adeguato alle numerose norme pattizie del diritto internazionale in materia, norme che tuttavia non venivano specificate⁸¹.

⁸⁰ M. RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, p. 359. L'A. sostiene che la pronuncia in esame rientri nella categoria delle "sentenze c.d. di *garanzia* le quali determinano l'acquisizione di una situazione giuridica attiva a favore di taluni soggetti e di una situazione giuridica passiva a carico dello Stato consistente in un *non facere* o in un *patri*, differenziandosi per tale aspetto dalle c.d. *additive* di prestazione che mirano a soddisfare pretese implicanti oneri a carico del bilancio dello Stato.

⁸¹ E. GALLO, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, *op. cit.*, p. 1268. "Sul punto la sentenza ingenera qualche perplessità. Non si trattava, infatti, di respingere a causa del fatto che non venivano individuate dall'ordinanza di rinvio «le norme *pattizie* del diritto internazionale vigente in materia». Era sufficiente rilevare l'errore del giudice rimettente che riferiva l'art. 10 co. 1 Cost. a *norme pattizie*, mentre è pacifico che quella disposizione riguarda esclusivamente il «diritto internazionale generale», essendo stata esclusa dall'art. 10 tutta la materia dei trattati, come

La Corte costituzionale, relativamente a questo profilo di incostituzionalità, preferì non prendere in considerazione la questione poiché nell'ordinanza di rinvio non erano specificate le disposizioni e i contenuti normativi ai quali il rimettente faceva riferimento. Tuttavia, la Corte ritenne opportuno “analizzare e verificare la conformità della nostra legislazione agli obblighi assunti sul piano internazionale”, passando in rassegna le numerose convenzioni in materia di tutela del minore che l'Italia ha stipulato.

La *Dichiarazione dei diritti del fanciullo* della Società delle Nazioni del 1924 stabilisce l'esigenza che “il fanciullo deve essere messo in grado di svilupparsi normalmente, materialmente e spiritualmente” e che “deve essere allevato nel sentimento che le sue migliori qualità dovranno essere poste al servizio dei suoi fratelli” (punti 1 e 5).

La *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*⁸² del 1948 prevede che “la maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza” (punto 25).

Secondo la *Dichiarazione dei diritti del fanciullo*⁸³ del 1959, “il fanciullo deve beneficiare di una speciale protezione e godere di possibilità e facilitazioni, in base alla legge e ad altri provvedimenti così da essere in grado di crescere in modo sano e normale sul piano fisico, intellettuale, morale, spirituale e sociale” (secondo principio).

ampiamente risulta dalla discussione della I Sottocommissione della Commissione dei 75”; A. CASSESE, *Art. 10. Principi fondamentali*, in G. BRANCA (a cura di), in *Commentario della Costituzione*, 1978, p. 488.

⁸² ONU, New York, 10 dicembre 1948.

⁸³ ONU, New York, 20 novembre 1959.

Di particolare rilevanza, venivano analizzate anche le c.d. *Regole di Pechino*⁸⁴ del 1985, nelle quali si prevede che “un minore è un ragazzo o una persona che nel rispetto del sistema legale può essere imputato per un reato, ma non è penalmente responsabile come un adulto” (punto 3), che “il sistema della giustizia minorile deve avere per obiettivo la tutela del giovane ed assicurare che la misura adottata nei confronti del giovane sia proporzionale alle circostanze del reato o all’autore dello stesso” (punto 5) ed ancora che “la tutela del minore deve essere il criterio determinante della valutazione del suo caso”.

Per ultima, ma non per importanza, viene citata la *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo*⁸⁵ del 1989. L’art. 37 prescrive che “Nessun fanciullo sia sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Né la pena capitale né l’imprigionamento a vita senza possibilità di rilascio devono essere decretati per reati commessi da persone di età inferiore a diciotto anni”; e inoltre che “la detenzione o l’imprigionamento di un fanciullo devono essere effettuati in conformità con la legge, costituire un provvedimento di ultima risorsa ed avere la durata più breve possibile”.

La Corte rigetta la questione di legittimità ritenendo che tutte le enunciazioni richiamate abbiano come punto comune di emersione l’art. 31 Cost. Poiché quest’ultimo risulta uno dei parametri di costituzionalità invocati nell’ordinanza di rimessione, la Corte decide di analizzare i problemi posti dalle norme convenzionali direttamente in quella sede.

⁸⁴ ONU, New York, 29 novembre 1985.

⁸⁵ ONU, New York, 20 novembre 1989. Ratificata e resa esecutiva dall’Italia con la l.176/1991.

Per quel che riguarda l'art. 27 co. 3 Cost. riferito alla generalità dei soggetti condannati, si rimanda a quanto già esposto (cfr. *supra*, par. 4). Qui ci limitiamo a prendere in considerazione la problematica relativa ai minori di età imputabili.

L'art. 27 co. 3 Cost. non espone di per sé a censura di incostituzionalità la previsione della pena dell'ergastolo, ma, soggiunge la Corte, di esso deve darsi diversa lettura allorché lo si colleghi all'art. 31 co. 2 Cost che impone una diversificazione di trattamento penalistico per i minorenni. L'art. 31 co. 2 Cost. stabilisce che «*La Repubblica [...] protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo*». La previsione dell'ergastolo per i minorenni è stata dichiarata incompatibile con il dettato costituzionale “perché accomuna, per tale particolare istituto di indubbia gravità, nel medesimo contesto punitivo tutti i soggetti, senza tener conto della particolare condizione minorile⁸⁶”.

Alla luce di queste affermazioni, che danno conto anche della rilevanza delle convenzioni internazionali a difesa del minore ratificate dall'Italia, la finalità rieducativa assume dei connotati più intensi. Quest'ultima è da considerarsi “se non esclusiva, certamente preminente” per i soggetti minori di età.

La pronuncia in esame ha comportato l'illegittimità costituzionale parziale di altre due disposizioni che prevedevano la comminazione dell'ergastolo ai minori degli artt. 69 e 73 co. 2 c.p.⁸⁷

⁸⁶ Corte cost. 28 aprile 1994, n. 168.

⁸⁷ Corte cost. 28 aprile 1994. “Consequenzialmente alla declaratoria principale di incostituzionalità, deve dunque essere dichiarata, in forza dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale parziale di dette altre norme del codice penale, onde apportarvi i necessari adattamenti idonei ad impedire che la dichiarazione di incostituzionalità, nei sensi anzidetti, degli artt. 17 e 22 del codice penale risulti inoperante, atteso il nesso inscindibile che, come si è visto, intercorre tra le disposizioni in argomento ai fini della determinazione della pena applicabile al minorenne. Il carattere

Per quanto riguarda l'art. 69 c.p., a Corte costituzionale ha preso posizione sui suoi limiti di compatibilità con la posizione del minore.

In primo luogo la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 co. 4 c.p. nella parte in cui prevede l'applicabilità del comma 1 dell'art. 69 c.p. in caso di concorso tra l'attenuante di cui all'art. 98 c.p. e una o più aggravanti che comportino la pena dell'ergastolo. La circostanza aggravante per cui è prevista la pena dell'ergastolo non potrà essere dichiarata prevalente ma al più solo equivalente all'attenuante di cui all'art. 98 c.p.⁸⁸.

In secondo luogo la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 co. 1 e 3 c.p., nel caso di concorso tra l'attenuante della minore età e una o più aggravanti, relative ad una fattispecie di reato per cui è prevista la pena base dell'ergastolo. La Corte non consente che le circostanze aggravanti possano essere ritenute prevalenti o equivalenti con l'attenuante dell'art. 98 c.p., a garanzia del riconoscimento della diminuzione della minore età⁸⁹.

Come abbiamo appena accennato, viene dichiarato incostituzionale in via consequenziale anche l'art. 73 co. 2 c.p. “nella parte in cui, in caso di concorso di più delitti commessi dal minore imputabile, per ciascuno dei quali deve infliggersi la

consequenziale della dichiarazione di incostituzionalità che investe l'art. 69 del codice penale, va ad incidere così sul meccanismo della comparazione delle circostanze ai limitati effetti di quella principale cui è esclusivamente finalizzata e non può dar luogo, come si è già rilevato in premessa, a quegli effetti eccedenti le finalità del quesito rilevati nella sentenza n. 140 del 1993 [...] Per rendere la dichiarazione principale di incostituzionalità pienamente operante è altresì necessario dichiarare l'illegittimità in via consequenziale anche dell'art. 73, secondo comma, del codice penale, data la contrarietà a Costituzione del meccanismo sostitutivo ivi previsto, nel caso di imputato o condannato minorenni”.

⁸⁸ C. F. GROSSO, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, pp. 456-457.

⁸⁹ C. F. GROSSO, *Ibidem*.

pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni, prevede la pena dell'ergastolo".

A livello sistemico, la pena dell'ergastolo inflitta al minore si poneva in contrasto con il sistema di giustizia penale minorile riformato con il D.P.R. 448/1988 che ha come *ratio* ispiratrice la previsione di un trattamento differenziato nei confronti del minore in ragione delle specificità della sua condizione di soggetto in fase di sviluppo.

La pronuncia in esame è stata accolta, a nostro parere giustamente, con favore dalla dottrina⁹⁰ poiché anche la sola possibilità astratta di una sanzione penale così severa, comporta una compressione dei diritti del minore, costituzionalmente non ammissibile.

9. Il c.d. *ergastolo ostativo*: questioni di costituzionalità di una pena effettivamente perpetua (rinvio).

Prima di individuare i profili di incostituzionalità del c.d. *ergastolo ostativo*, è doveroso analizzare le norme che sovrintendono al fenomeno, prima su tutte l'art. 4-*bis* ord. penit. che, prevedendo in certi casi l'inapplicabilità assoluta dei benefici penitenziari, manifesta risvolti problematici nel caso di condanna all'ergastolo. Di questa problematica si darà conto nel prossimo capitolo (cfr. *infra*, cap. III).

⁹⁰ E. GALLO, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, op. cit., p. 1267. L'autore riferendosi alla sentenza 168/1994 Corte cost., sostiene che: "Questa decisione della Corte costituzionale merita incondizionata approvazione".

CAPITOLO III

L'ERGASTOLO OSTATIVO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La legislazione penitenziaria dell'emergenza. – 3. Il divieto di concessione dei benefici penitenziari: l'art. 4-*bis* ord. penit. – 3.1. L'evoluzione normativa. – 3.2. La configurazione attuale. – 4. I reati della criminalità organizzata e le forme di collaborazione. – 4.1. I reati ostativi di prima fascia (art. 4-*bis* ord. penit. co. 1 e 1-*bis*). – 4.2. La collaborazione utile. – 4.3. La collaborazione irrilevante o impossibile. – 4.3.1. La *probatio diabolica* dell'assenza del vincolo associativo. – 4.4. Il significato della collaborazione. – 4.4.1. Premialità e prevenzione generale. – 4.4.2. Premialità e prevenzione speciale. – 4.4.3. Art. 4-*bis* ord. penit.: collaborazione e rieducazione. L'intervento della Corte costituzionale. – 5. Il c.d. *ergastolo ostativo*: disciplina. – 5.1. Il permesso di necessità *ex* art. 30 ord. penit.: un istituto di umanizzazione della pena per gli ergastolani non collaboranti. – 5.2. Ergastolo, liberazione condizionale e la preclusione dell'art. 4-*bis* ord. penit. – 5.2.1. La sentenza 135/2003 della Corte costituzionale: la collaborazione "oggettivamente esigibile" e il comportamento del condannato. – 5.2.2. La successiva giurisprudenza di legittimità in tema di ergastolo. – 5.3. Alcuni dati statistici. – 5.4. Le critiche all'ergastolo ostativo – 5.4.1 La scelta di non collaborare. – 5.4.1.1. (Segue): Una scelta non sempre sintomo di appartenenza all'associazione. – 5.4.1.2. (Segue): Il rischio di una pena inumana per l'ergastolano. – 5.5. La parola agli ergastolani non collaboranti. La "pena di morte viva". – 5.6. Una proposta per superare l'ergastolo ostativo. La Commissione Palazzo. – 5.7. Ergastolo ostativo e Ordinamento Penitenziario: una proposta *de iure condendo*.

1. Introduzione.

Nei capitoli precedenti abbiamo analizzato la disciplina normativa dell'ergastolo, le problematiche connesse a tale pena e i suoi profili di illegittimità costituzionale.

In questo capitolo sarà trattato il tema dei rapporti tra la pena dell'ergastolo e l'art. 4-*bis* ord. penit relativo al divieto di concessione dei benefici penitenziari e

all'accertamento della pericolosità sociale dei condannati per alcuni delitti di particolare gravità, per lo più di matrice mafiosa o terroristica (c.d. *reati ostativi*).

Infatti, in caso di condanna all'ergastolo per taluno di questi reati e in presenza delle condizioni stabilite dall'art. 4-*bis* ord. penit., si configura la fattispecie che la dottrina denomina *ergastolo ostativo*. In questo caso (oltre che per la reclusione) l'ergastolano non potrà accedere ai benefici penitenziari salvo che collabori con la giustizia o che tale collaborazione sia impossibile o irrilevante. Ciò ha aperto un dibattito dottrinale poiché parte della dottrina¹ si è spinta a ritenere che in fase esecutiva, in caso di condanna per reati ostativi di cui all'art. 4-*bis*, l'ergastolo si trasforma in una vera e propria pena perpetua senza possibilità di accedere ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale, ponendo seri dubbi di legittimità costituzionale.

Prima di analizzare i suddetti profili problematici è utile fare un richiamo alla legislazione penitenziaria dell'emergenza, che ha introdotto nell'ordinamento giuridico l'art. 4-*bis* ord. penit.

2. La legislazione penitenziaria dell'emergenza.

Per fronteggiare la criminalità di stampo mafioso, il legislatore è intervenuto, nei primi anni novanta, con l'introduzione di una normativa emergenziale che, apportando modifiche decisive all'ordinamento penitenziario così come connotatosi

¹ A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, 2012, p. 126 ss.

dopo la riforma del 1986, aveva lo scopo di differenziare il trattamento penitenziario per gli autori dei reati legati alla criminalità organizzata.

In particolare con il d.l. 152/1991 (convertito con la l. 203/1991) il legislatore intese inasprire il circuito trattamentale di quei soggetti resisi autori di gravi reati legati alla criminalità organizzata di stampo mafioso². Gli interventi principali riguardavano l'esclusione o la limitazione all'accesso delle misure alternative e degli altri benefici penitenziari.

Infine il nuovo sistema introdusse rilevanti disposizioni a favore dei *collaboratori di giustizia*, che assumeranno successivamente importanza fondamentale con le riforme che hanno interessato l'art. 4-*bis* ord. penit., norma simbolo della legislazione d'emergenza e di fondamentale importanza, come vedremo (cfr. *infra*, par. 5), ai fini del nostro discorso sull'ergastolo.

L'intervento normativo del 1992 mirava così da un lato ad inasprire il trattamento penitenziario per i non collaboranti, dall'altro lato si assicurava contestualmente un trattamento di favore per il collaborante in un ottica di ipervalutazione della collaborazione.

3. Il divieto di concessione dei benefici penitenziari: l'art. 4-bis ord. penit.

3.1. L'evoluzione normativa.

² Cfr. B. GUAZZALOCA – M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, in F. BRICOLA – V. ZAGREBELSKY (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1995, p. 303 ss.

Il d.l. 152/1991, come appena ricordato, introduceva l'art. 4-*bis* ord. penit. nell'ordinamento penitenziario, modificato poi a più riprese fino alla l. 172/2012. In questa sede ci limiteremo ad un'analisi dei più rilevanti mutamenti normativi dell'istituto³.

Nella sua prima formulazione l'art. 4-*bis* ord. penit. prevedeva una disciplina differenziata da quella ordinaria per la concessione di benefici penitenziari e misure alternative nei confronti di alcune categorie di condannati, individuati sulla base del titolo del reato. Le categorie erano essenzialmente due.

Alla prima categoria appartenevano i condannati per i reati di c.d. *prima fascia*, cui appartenevano gli autori dei reati inerenti alla criminalità organizzata. In questo caso la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative era subordinata alla prova dell'assenza di collegamenti con le associazioni criminali e all'espiazione di una parte di pena più consistente rispetto al regime ordinario⁴.

La seconda categoria di condannati riguardava gli autori di reati (c.d. *seconda fascia*) di grave allarme sociale anche in assenza di collegamenti di tipo associativo⁵. Questi soggetti potevano accedere alle misure alternative e ai benefici penitenziari dopo l'espiazione di una parte di pena più lunga richiesta agli altri condannati, salvo

³ Per un'analisi più approfondita si rinvia a C. CESARI – G. GIOSTRA, *Art. 4-bis*, in V. GREVI - G. GIOSTRA – F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 47 ss.

⁴ I reati di *prima fascia* erano: i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p. e quelli commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare le associazioni previste dall'art. 416-*bis* c.p., i delitti di cui all'art. 630 c.p. e i delitti di cui all'art. 74 D.P.R. 309/1990.

⁵ I reati di seconda fascia erano: i delitti di cui agli artt. 575 c.p., 628 co. 3 c.p. e art. 73, limitatamente alle ipotesi aggravate di cui all'art. 80 co. 2 DPR 309/1990.

che non ci fossero elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

Tuttavia, per le categorie di condannati contemplate nell'art. 4-bis ord. penit., l'art. 58-ter ord. penit. consentiva l'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari nel caso in cui ci fosse stata un'utile collaborazione con la giustizia del condannato⁶ senza dover espiare i termini più lunghi di pena previsti per i non collaboranti. In questo modo la collaborazione era uno strumento per parificare alla generalità dei condannati determinate categorie di condannati considerati più pericolosi in base al titolo del reato⁷.

Introdotta a seguito delle stragi di Capaci e via D'Amelio nelle quali erano stati uccisi i giudici Falcone e Borsellino, il d.l. 306/1992 ha modificato l'impianto dell'art. 4-bis ord. penit. incidendo in modo significativo sulla disciplina riguardante i condannati ai reati di prima fascia, ossia inerenti la criminalità organizzata. Per questi soggetti la concessione dei benefici penitenziari era subordinata alla collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit. In questo modo la collaborazione diventava una *condicio sine qua non* per l'accesso a forme

⁶ Art. 58-ter originario: "Le disposizioni del comma 1 dell'articolo 21, del comma 4 dell'articolo 30-ter e del comma 2 dell'articolo 50, concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-bis, non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati. Le condotte indicate nel comma 1 sono accertate dal tribunale di sorveglianza, assunte le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione.

⁷ A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012, p. 118.

extramurarie di esecuzione della pena. La ratio di tale previsione è rintracciabile in una presunzione assoluta di pericolosità del condannato, fondata a sua volta sulla presunzione della persistenza in capo al condannato del vincolo con l'associazione criminale di appartenenza dopo la condanna⁸. La presunzione è superabile solo con la collaborazione, unica condotta ritenuta idonea a rompere il vincolo associativo⁹. Da questo momento in poi l'elemento della collaborazione assumerà un ruolo centrale nella configurazione dell'art. 4-*bis* ord. penit.¹⁰

La scelta legislativa sottesa alla decretazione antimafia è stata quella di differenziare il trattamento penitenziario dei condannati per determinati delitti (in particolare delitti di criminalità organizzata) secondo la formula del c.d. *doppio binario* mirante alla diversificazione del trattamento dei condannati in ragione del differente grado di pericolosità sociale.

La novella del 1992 prevedeva inoltre l'equiparazione della collaborazione utile ex art. 58-ter ord. penit. a forme di collaborazione oggettivamente irrilevante nel caso in cui erano state applicate le circostanze attenuanti di cui agli artt. 62 n. 6, 114, 116 n. 2 c.p. e fosse stata accertata la mancanza dell'attualità di collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza. Dunque in questo caso l'accesso ai benefici

⁸ Dati oggettivi dimostrano come spesso il vincolo mafioso non si spezza nemmeno dopo la condanna definitiva. Gli episodi sono numerosi: emblematico fu il brindisi nel carcere di Ucciardone per festeggiare la strage di via D'Amelio, con *champagne* portato in carcere i giorni precedenti all'attentato. Oppure l'omicidio di Pietro Marchese nel 1982, su ordine di alcuni boss detenuti. Per ultimo si cita il caso del boss dei Casalesi Giuseppe Setola che il 12/11/2014, durante il processo, ha deciso di non collaborare più con la giustizia, affermando di aver collaborato solo per avere un trattamento penitenziario di favore, inventando storie e versioni inesistenti; cfr. M. PAVARINI, *Art. 4-bis*, in B. GUZZALOCA (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, p. 7 ss.

⁹ Cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis*, *Ibidem*.

¹⁰ C. CESARI – G. GIOSTRA, *Art. 4-bis*, *Ordinamento penitenziario commentato*, *op. cit.*, p. 53.

penitenziari era permesso con la sola “offerta” di una collaborazione anche se poi risultava inutile¹¹.

Recependo le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, il legislatore ha poi esteso la disciplina della collaborazione inutile a tutti i casi in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia¹².

3.2. La configurazione attuale.

L'art. 4-*bis* ord. penit. ha assunto la sua configurazione definitiva con il d.l. 11/2009 (convertito con la l. 38/2009) e con la l. 172/2012.

I benefici penitenziari cui si riferisce sono: l'assegnazione al lavoro all'esterno (art. 21 ord. penit.), i permessi premio (art. 30-*ter* ord. penit.) e le misure alternative alla detenzione (art. 47 ord. penit e ss.) tra le quali assume un'importanza rilevante la semilibertà (art. 48 ord. penit.). Il divieto di accesso alla liberazione condizionale è previsto espressamente dall'art. 2 co. 1 del d.l. 152/1991. La liberazione anticipata è invece esclusa dalle limitazioni previste dall'art. 4-*bis* ord. penit.

Tuttavia, si deve dar conto in questa sede, della sentenza della Corte costituzionale 239/2014 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* ord. penit. nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale

¹¹ A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis*, op. cit., p. 119.

¹² L. 279/2002

prevista dall'art. 47-*quinquies* ord. penit. (riguardante la possibilità di espiare la pena nella propria abitazione per le condannate madri con prole di età non superiore a dieci anni)¹³. La dichiarazione di illegittimità costituzionale è stata estesa, per *eadem ratio*, alla detenzione domiciliare di cui dall'art. 47 *ter*, comma 1, lettere *a*) e *b*) ord. penit. per evitare che una misura avente finalità identica alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espiare pene meno elevate, resti irragionevolmente soggetta ad un trattamento deteriore¹⁴.

L'intervento del 2009, prendendo atto della ormai scarsa intellegibilità del comma 1, ha modificato l'impianto della norma. La clausola contenente le varie categorie di reati e i regimi differenziati di accesso ai benefici a ciascuna collegati è stata suddivisa, per semplificarne la comprensione, in diversi commi ognuno corrispondente ad un diverso percorso trattamentale.

Dunque, per effetto della novella, la disposizione ha previsto quattro percorsi trattamentali per altrettante categorie di condannati¹⁵.

¹³ Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 239. “Ciò nondimeno, è indubbio che nell'economia dell'istituto assuma un rilievo del tutto prioritario l'interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale quello del minore in tenera età ad instaurare un rapporto quanto più possibile “normale” con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo. Interesse che – oltre a chiamare in gioco l'art. 3 Cost., in rapporto all'esigenza di un trattamento differenziato – evoca gli ulteriori parametri costituzionali richiamati dal rimettente (tutela della famiglia, diritto-dovere di educazione dei figli, protezione dell'infanzia: artt. 29, 30 e 31 Cost.).

¹⁴ Corte cost 22 ottobre 2014, n. 239. “La dichiarazione di illegittimità costituzionale va estesa, in via consequenziale, anche alla misura della detenzione domiciliare ordinaria prevista dall'art. 47-*ter*, comma 1, lettere *a*) e *b*), della legge n. 354 del 1975: ciò, per evitare che una misura avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espiare pene meno elevate, resti irragionevolmente soggetta ad un trattamento deteriore in parte qua”.

¹⁵ Cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis*, *op. cit.*, p. 119; L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, p. 235.

Il primo percorso è delineato nei comma 1 e 1-*bis* e riguarda gli autori dei reati della criminalità organizzata (reati di prima fascia). Per tali soggetti l'accesso ai benefici penitenziari e alle altre misure alternative è subordinato alla collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. Questi stessi soggetti, secondo il dettato del comma 1-*bis*, possono essere ammessi ai benefici penitenziari anche nel caso in cui la loro collaborazione risulti impossibile o irrilevante, fermo restando l'esclusione dell'attualità di collegamenti con l'associazione criminale. Tale disciplina, dopo il 1992, non ha subito sostanziali modifiche se non un ampliamento dei reati rientranti nella categoria in esame.

Il secondo percorso, identificabile nel comma 1-*ter*, riguarda gli autori dei reati di grave allarme sociale¹⁶ (reati di seconda fascia). I condannati in questa ipotesi possono accedere ai benefici penitenziari, purché non vi siano elementi che dimostrino la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata¹⁷.

Il terzo percorso, già previsto nella disciplina del 1992, è contenuto nel comma 3-*bis* (reati di terza fascia), che sancisce il divieto di concedere i benefici penitenziari qualora il procuratore nazionale o distrettuale antimafia comunichi la sussistenza in capo al condannato di collegamenti con la criminalità organizzata.

Il quarto percorso trattamentale, contenuto nel comma 1-*quater*, risulta essere una novità rispetto al passato. Introdotto con il d.l. 11/2009 (convertito con la l. 38/2009 c.d. *pacchetto sicurezza*), si rivolge agli autori dei reati sessuali (c.d. *sex*

¹⁶ Oggi si è ampliata la sfera di applicazione del co. 1-*ter* e la categoria ora ricomprende i delitti di cui agli artt. 575 c.p., 600-*bis* co. 2 e 3 c.p., 600-*ter* co. 3 c.p., 600-*quinqies* c.p., 628 co. 3 c.p., 629 co. 2, 291-*ter* del DPR 43/1973, 73 DPR 309/1990, 416 co. 1 e 3 c.p. in relazione ai reati di cui agli artt. 473 c.p., 474 c.p., 609-*bis* c.p., 609-*quater* c.p., 609-*octies* c.p., 12 d.lgs. 286/1998.

¹⁷ C. CESARI – G. GIOSTRA, *Art. 4-bis, Ordinamento penitenziario commentato, op. cit.*, p. 57. L'autore sottolinea che è richiesta dunque una prova positiva.

offenders)¹⁸. Come si legge nel preambolo, il decreto legge è stato emanato per “la straordinaria necessità ed urgenza di introdurre una serie di misure urgenti intese ad assicurare una maggiore tutela della sicurezza della collettività a fronte dell'allarmante crescita degli episodi collegati alla violenza sessuale attraverso un sistema di norme finalizzate al contrasto dei delitti di violenza sessuale e ad una più concreta tutela delle vittime dei suddetti reati”. Nei confronti degli autori di questi reati, i benefici possono essere concessi solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con l'ausilio di esperti in psicologia¹⁹.

Successivamente intervenne la l. 172/2012 di ratifica della Convenzione di Lanzarote²⁰ per la protezione dei minori contro gli abusi sessuali e lo sfruttamento. La medesima legge, oltre ad aver ampliato il catalogo dei delitti di cui al co. 1-*quater*²¹ ha introdotto nell'art. 4-*bis* ord. penit. il comma 1-*quinqies*, che prevede

¹⁸ I reati *sex offenders* contenuti nell'art. 4-*bis* co. 1-*quater* c.p. sono i seguenti: violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), violenza sessuale aggravata (art. 609-*ter* c.p.), atti sessuali con minorenni (art. 609-*quater* c.p.) e violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.).

¹⁹ Cfr. A. DELLA BELLA, *Accesso ai benefici penitenziari per gli autori di reati sessuali*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA, *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Milano, 2009, pp. 437 – 438; Cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis*, *op. cit.*, p. 122.

²⁰ La *Convenzione di Lanzarote*, entrata in vigore il 1° luglio 2010, è il primo strumento internazionale con il quale si prevede che gli abusi sessuali contro i bambini siano considerati reati. La particolarità della Convenzione è che oltre alla disciplina delle fattispecie di reato più diffuse in questo campo (abuso sessuale, prostituzione infantile, pedopornografia, partecipazione coatta di bambini a spettacoli pornografici), la Convenzione contempla anche i casi di *grooming* (adescamento attraverso internet) e di turismo sessuale.

²¹ Con la novella al comma 1-*quater* si aggiungono infatti i delitti di prostituzione minorile (art. 600-*bis*), pornografia minorile (art. 600-*ter*), detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater*) e turismo sessuale volto allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinqies*) nonché le

una sorta di quinto percorso trattamentale per gli autori degli stessi reati contemplati dall'art. 1-*quater* commessi in danno di minori. Le preclusioni ai benefici possono essere superate qualora il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza valuti la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'art. 13-*bis* ord. penit. L'art. 13-*bis* ord. penit. individua uno specifico trattamento psicologico per i condannati per reati sessuali in danno dei minori, che ha la finalità di recupero e di sostegno dei detenuti²².

A seguito dei numerosi interventi normativi, l'art. 4-*bis* ord. penit. è una disposizione che risulta oggi estremamente variegata applicandosi ad una serie di categorie di condannati eterogenei accomunati da una presunzione di pericolosità. Per effetto di ciò si è persa l'originaria funzione della norma, votata ad incentivare la collaborazione come strategia di lotta alla criminalità organizzata, per diventare un meccanismo di creazione di percorsi penitenziari intramurari alternativi scevri da un logica rieducativa ed ispirati alla mera retribuzione di condotte percepite dall'opinione pubblica come allarmanti²³. A questo proposito in dottrina si è parlato, relativamente all'art. 4-*bis* ord. penit, di “norma contenitore”²⁴ con la funzione di identificare l'ambito di applicazione di un circuito trattamentale differenziato per

fattispecie di corruzione di minorenni (art. 609-*quinqies*) e di adescamento di minorenni (art. 609-*undecies*).

²² La sottoposizione al trattamento è volontaria.

²³ Cfr. C. CESARI – G. GIOSTRA, *Art. 4-bis, Ordinamento penitenziario commentato, op. cit.*, p. 70; P. CORVI, *Trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, Assago, 2010, p. 39.

²⁴ R. DEL COCO, in P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, p. 175. Si veda anche C. FIORIO, in O. MAZZA – F. VIGANO', *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, 2009, p. 396.

tipologie criminose collegate ad emergenze criminali ritenute degne di attenzione a seconda delle contingenze politiche del momento.

4. I reati della criminalità organizzata e le forme di collaborazione.

Ai fini del nostro discorso saranno analizzati e presi in considerazione i reati di prima fascia che corrispondono a quelli commessi nell'ambito della criminalità organizzata.

4.1. I reati ostativi di prima fascia (art. 4-bis ord. penit. co. 1 e 1-bis).

L'art. 4-bis co. 1 si applica ai condannati per i seguenti reati:

- Delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza.
- Associazione per delinquere di stampo mafioso anche straniera (art. 416-bis c.p.).
- Delitti commessi avvalendosi della forza di intimidazione del vincolo associativo mafioso e della condizione di assoggettamento che ne deriva.
- Delitti commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione mafiosa.
- Riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.).
- Prostituzione minorile (art. 600-bis co. 1 c.p.).
- Pornografia minorile (art. 600-ter, co. 1 e 2 c.p.).
- Tratta di persone (art. 601 c.p.).

- Acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).
- Violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.).
- Sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.).
- Associazione per delinquere a fini di contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* t.u. delle disposizioni legislative in materia doganale, D.P.R. 43/1973).
- Associazione per delinquere a fini di traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 t.u. delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, D.P.R. 309/1990).

Ricordiamo che per tale categoria di delitti, il divieto di accesso ai benefici penitenziari è superabile soltanto se i soggetti condannati collaborano con la giustizia a norma dell'art. 58-ter (collaborazione utile) o nei casi in cui la loro collaborazione sia impossibile o oggettivamente irrilevante.

4.2. La collaborazione utile.

La collaborazione prevista dall'art. 58-ter ord. penit. nasce come “clausola di salvezza”²⁵ volta inizialmente ad esonerare i condannati collaboranti dall'applicazione delle disposizioni che inasprivano i termini per l'accesso ai benefici penitenziari.

²⁵ Cfr. F. FIORENTIN, *Emergenza carceri*, Varese, 2012, p. 37; C. BRUNETTI – M. ZICCONI, *Diritto penitenziario*, Napoli, 2010, p. 322.

Oggi il primo comma dell'art. 58-ter ord. penit.²⁶ prevede che le disposizioni concernenti le persone condannate per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit.²⁷, non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.

Fondamentale è segnalare che l'art. 4-bis ord. penit., in una lettura unitaria dei commi 1 e 1-bis, richiede che la collaborazione prevista dall'art. 58-ter ord. penit. sia "oggettivamente non irrilevante"²⁸, ossia una collaborazione che si traduca in un contributo utile per lo sviluppo delle indagini e per l'accertamento dei fatti e delle responsabilità²⁹.

Dunque sono due le condotte collaborative.

In primo luogo, l'adoperarsi per evitare conseguenze ulteriori dell'attività delittuosa è una condotta *post delictum* dai contorni indefiniti, differente dal recesso attivo (non richiede un comportamento diretto ad impedire l'evento del reato)³⁰. In

²⁶ Per un'analisi più approfondita dell'istituto si rimanda a C. CESARI, *Art. 58-ter*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, *op. cit.*, pp. 845 ss.

²⁷ Si applica anche ai commi 1-ter e 1-quater.

²⁸ M. PAVARINI, *Art. 58-ter*, *op. cit.*, p. 203.

²⁹ Cfr. A.A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. II, p. 871.

³⁰ S. D'AMICO, *Il collaboratore della giustizia*, Roma, 1995, p. 25.

ogni caso è una condotta collaborativa che prescinde da qualsivoglia “intendimento o concretizzazione di aiuto alla giustizia”³¹.

Invece, per quanto riguarda l’aiuto concreto all’autorità investigativa, la condotta che si richiede deve avere riscontri sotto il profilo delle conseguenze fattuali che debbono tradursi in un danno obiettivo all’organizzazione e ai suoi adepti³². Dunque per aiuto concreto si intende l’apporto che “non risulti oggettivamente irrilevante e che quindi abbia una reale efficacia”³³.

Il testo della norma, ai fini dell’operatività dell’art. 58-ter ord. penit., dà rilievo non solo alla collaborazione avvenuta nel corso del giudizio³⁴, ma anche alla collaborazione prestata dopo la condanna³⁵, a patto che l’apporto collaborativo sia sempre inerente al fatto criminoso per il quale il soggetto è condannato essendo

³¹ G. DI GENNARO - R. BREDA – G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1991, p. 284.

³² F.P.C. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995, p. 214.

³³ A.A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia*, *op cit.*, p. 871.

³⁴ Cfr. F. PERONI – A. SCALFATI, *Codice dell’esecuzione penitenziaria*, Milano, 2006, p. 405. “Deve ritenersi valutabile anche la collaborazione prestata prima della condanna come chiaramente si desume dall’espressione «anche dopo la condanna»”.

³⁵ Cass. pen., Sez I, 21 marzo 1995, si veda M. POLINI in *Cass. pen.*, 1996, p. 631. “Ai fini dell’operatività dell’art. 58-ter ord. penit. che prevede, in favore di coloro che collaborano con la giustizia, deroghe a quelli che altrimenti sarebbero divieti o limitazioni, nei loro confronti (a cagione del titolo dei reati per i quali hanno riportato condanna), di benefici penitenziari, deve ritenersi valutabile anche la collaborazione prestata prima della condanna, come chiaramente si desume dall’espressione «anche dopo la condanna», contenuta nel testo dell’anzidetta disposizione normativa; e ciò in considerazione anche della evidente irrazionalità cui darebbe luogo una diversa ed opposta interpretazione».

esclusa la figura del c.d. *collaboratore totale*, ossia del collaboratore senza una precisa correlazione con il delitto oggetto della condanna³⁶.

Al fine di beneficiare delle più favorevoli disposizioni di cui all'art. 58-ter ord. penit. non è sufficiente aver rilasciato dichiarazioni autoaccusatorie quando emerge dalla sentenza di condanna che il condannato ha volutamente cercato di non coinvolgere il personaggio più importante dell'organizzazione criminale³⁷.

Resta infine estranea al concetto di collaborazione la condotta del soggetto che si costituisce in carcere spontaneamente per l'esecuzione della pena e osserva la disciplina carceraria con buona condotta³⁸.

Il secondo comma dell'art. 58-ter ord. penit. stabilisce che la sussistenza della condotta collaborativa è accertata dal Tribunale di sorveglianza che decide "assunte le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione".

Condizione per l'accertamento della condotta collaborativa ai sensi dell'art. 58-ter co. 2 ord. penit. è la richiesta di concessione di un qualsiasi beneficio penitenziario. Da questo momento il Tribunale di sorveglianza provvede ad assumere le informazioni idonee ad accertare l'utile collaborazione con la giustizia. Le

³⁶ Cfr. M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1999, p. 407; M. PAVARINI, *Art. 4-bis*, pp. 202 – 203; C. CESARI, *Art. 58-ter*, in *Ordinamento penitenziario commentato, op. cit.*, p. 852.

³⁷ Trib. sorv. Milano, 13 aprile 2000.

³⁸ Cass. pen., Sez. I, 9 maggio 1994, si veda V. MARCENO' in *Cass. pen.*, 1995, p. 2278. "E' estranea dal concetto di collaborazione – pure nei limiti oltremodo ridotti fissati dalla legge 356 del 1992 nel consentire l'ammissione ai benefici penitenziari anche a chi offra una collaborazione oggettivamente irrilevante - la semplice condotta di chi si limita a costituirsi in carcere spontaneamente per l'espiazione della pena e presta ossequio alla disciplina carceraria".

informazioni rilevanti vengono recepite dagli atti processuali sia antecedenti che successivi al passaggio in giudicato della sentenza di condanna³⁹.

4.3. La collaborazione irrilevante o impossibile.

Ai sensi dell'art. 4-*bis* co. 1-*bis* ord. penit. i benefici penitenziari possono essere concessi anche a persone la cui collaborazione è oggettivamente *irrilevante*⁴⁰ a condizione che siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, quando sia stata riconosciuta l'attenuante del risarcimento del danno (art. 62 n. 6 c.p.), oppure quando il concorso nel reato sia ricondotto alle previsioni degli artt. 114 o 116 co. 2 c.p.⁴¹. In sostanza significa che l'offerta di un contributo collaborativo "concretamente inutile"⁴² ai fini delle indagini o dell'accertamento delle responsabilità di terzi, consente di derogare al divieto di concessione dei benefici poiché minore è la pericolosità sociale rivelata

³⁹ M. PAVARINI, *Art. 58-ter*, *op. cit.*, p. 204.

⁴⁰ Il d.l. 306/1992 prevedeva dunque l'equiparazione della collaborazione utile *ex art. 58-ter* ord. penit. a casi di collaborazione irrilevante.

⁴¹ Art. 114 c.p. "Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da talune delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena. Tale disposizione non si applica nei casi indicati nell'articolo 112. La pena può altresì essere diminuita per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono, le condizioni stabilite nei numeri 3 e 4 del primo comma e nel terzo comma dell'articolo 112; Art. 116 c.p. "Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione. Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave".

⁴² Cfr. M. PAVARINI, *Art. 4-bis*, *op. cit.*, p. 9.

dalle condotte di cui alle attenuanti cui fa riferimento il comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. penit⁴³.

Accanto alla collaborazione irrilevante, il comma 1-*bis* contempla la collaborazione *impossibile*. I benefici penitenziari possono essere concessi nel caso in cui si verifichi l'impossibilità di prestare un'utile collaborazione per la limitata partecipazione al fatto criminoso accertata nella sentenza di condanna ovvero per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile. L'odierno testo legislativo è frutto di un'intensa attività della Corte costituzionale che a metà anni '90 ha iniziato a dare rilievo alla collaborazione impossibile, precedentemente non considerata⁴⁴.

La Corte costituzionale già con la sentenza 306/1993 iniziò a destare perplessità sulla irrilevanza della collaborazione impossibile per la concessione dei benefici penitenziari. Secondo la Corte destava perplessità “la vanificazione dei programmi e percorsi rieducativi (in atto magari da lungo tempo) che sarebbe conseguita alla drastica impostazione del decreto-legge, particolarmente nei confronti di soggetti la cui collaborazione sia incolpevolmente impossibile o priva di risultati utili e, comunque, per i soggetti per i quali la rottura con le organizzazioni criminali sia adeguatamente dimostrata”.

Successivamente intervengono altre due sentenze della Corte costituzionale (357/1994 e la 68/1995) che sanciscono la possibilità di concedere benefici

⁴³ Cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis*, op. cit., p. 119. L'autrice parla di reato “connotato da indici rilevatori di una sua scarsa gravità”.

⁴⁴ Per un'analisi ancora più approfondita si rinvia a B. BOCCHINI, *L'accertamento della pericolosità* in A. GAITO (a cura di), *La prova penale*, Milanofiori Assago, 2008, p. 616 ss.

penitenziari e misure alternative anche al condannato impossibilitato a fornire un'utile collaborazione.

Con la sentenza 357/1994 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit. nella parte in cui non prevede che i benefici penitenziari possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. Il giudice *a quo* lamentava la presunta violazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., per "l'irragionevole discriminazione tra condannati che abbiano ugualmente avuto una partecipazione all'attività delittuosa del tutto secondaria, tale da non consentire una concreta possibilità di utile collaborazione con la giustizia". Secondo l'apprezzamento dell'organo rimettente, l'istante, condannato alla pena complessiva di due anni e sei mesi di reclusione per il reato ostativo di associazione per delinquere di stampo mafioso e per quello di detenzione illecita di sostanza stupefacente, non manterrebbe più collegamenti con la criminalità organizzata e l'impossibilità di collaborare con la giustizia deriverebbe dalla marginalità della sua partecipazione all'associazione criminosa, come si ricaverebbe anche dalla lieve entità della pena irrogatagli.

Dunque, se la ratio della non preclusività della collaborazione irrilevante si collega alla marginalità della partecipazione del soggetto nell'associazione criminale, tale da non rendere concretamente possibile una condotta collaborativa significativa, consegue che la norma impugnata discrimina irragionevolmente, ai fini dell'ammissione ai benefici penitenziari, il condannato che per il suo limitato

patrimonio di conoscenze di fatti o persone non sia in grado di prestare un'utile collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit.⁴⁵. Così facendo la Corte accoglie la questione di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost. equiparando la collaborazione oggettivamente irrilevante alla collaborazione resa impossibile dalla limitata partecipazione al fatto criminoso, che non consente al condannato un patrimonio di conoscenze utile per una proficua collaborazione⁴⁶

Successivamente, sempre in tema di collaborazione impossibile, è intervenuta nuovamente la Corte costituzionale con la sentenza 68/1995 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis co. 1 ord. penit., secondo periodo, nella parte in cui non prevedeva la possibilità che i benefici penitenziari di cui al primo periodo del medesimo comma potessero essere concessi anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile rendesse impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre a condizione che siano stati acquisiti elementi tali da escludere un'attualità di collegamenti con l'associazione criminale. Il giudice rimettente riteneva che la norma impugnata potesse confliggere con gli artt. 3 e 27 Cost., in quanto "l'uguaglianza dinanzi alla pena significa innanzi tutto proporzione della pena rispetto alle personali responsabilità ed alle esigenze che ne conseguono (art. 3 Cost.), e il trattamento penitenziario deve, per espresso dettato normativo, essere improntato ai criteri di proporzionalità ed individualizzazione nel corso di tutta l'esecuzione della pena (art. 27 Cost.)". La Corte stabilisce che le naturali conclusioni per risolvere la questione sono rintracciabili nei principi già enunciati

⁴⁵ Al di là dei casi di applicazione degli artt. 62, n. 6, 114 e 116 co. 2 c.p.

⁴⁶ Cfr. M. PAVARINI, *Art. 4-bis, op. cit.*, p. 9.

nella sentenza 357/1994. Infatti, una volta “affermata la necessità di consentire l’applicazione dei benefici penitenziari al condannato che per il suo limitato patrimonio di conoscenze di fatti o persone non sia in grado di prestare un’utile collaborazione con la giustizia è doveroso pervenire alle medesime conclusioni, proprio per l’identità di ratio di cui innanzi si è detto, anche nel caso in cui la collaborazione sia impossibile perché i fatti e le responsabilità risultano ormai integralmente accertati nella sentenza irrevocabile”. Anche in questo caso, la collaborazione irrilevante e la collaborazione impossibile finiscono per essere concepite “all’interno di un quadro unitario di collaborazione oggettivamente inesigibile che permette di infrangere lo sbarramento preclusivo previsto dalla norma proprio perché privato, in simili casi, della funzione stessa che il legislatore ha inteso imprimergli⁴⁷”.

Uno dei parametri di costituzionalità, oltre al principio di uguaglianza, che abbiamo appena analizzato, riguarda il principio rieducativo *ex art. 27 co. 3 Cost.* poiché richiedere un comportamento che obiettivamente non può essere prestato perché nulla potrebbe aggiungere alla sentenza di condanna irrevocabile equivale ad escludere arbitrariamente una serie importante di opportunità trattamentali. Saremmo così in presenza di una chiara frustrazione del principio rieducativo senza tuttavia aggiungere nulla sul piano delle esigenze di prevenzione generale.

Ove, come accade in questo caso, manchi lo spazio per una proficua collaborazione, gli effetti della norma preclusiva sono esattamente opposti agli obiettivi che con essa

⁴⁷ Per approfondire l’argomento in questione si rinvia a D. PULITANO’, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *La legislazione premiale – Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano – Courmayeur, 1987, p. 75 ss.

si intende perseguire, “giacché il condannato viene ad essere posto in una condizione di sostanziale indifferenza rispetto alla scelta se recidere o meno i collegamenti con il mondo del crimine⁴⁸”.

4.3.1. La *probatio diabolica* dell’assenza del vincolo associativo.

Come abbiamo potuto constatare, per entrambe le forme di collaborazione (*irrilevante e impossibile*) si pone in capo al condannato l’onere di provare l’esclusione dell’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, in assenza della quale il beneficio sarà negato in forza di una presunzione di permanenza della pericolosità, così come ribadito in numerose sentenze della Suprema Corte⁴⁹. Questo

⁴⁸ Corte cost. 1 marzo 1995, n. 68.

⁴⁹ Cfr. P. CORVI, *Trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, op. cit., pp. 57 – 58; In tal senso cfr. Cass. pen., Sez. I, 31 gennaio 1992, n. 1123. “Alla stregua del letterale tenore dell’art. 4-bis l. 26 luglio 1975, n. 354, introdotto dall’art. 1 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modif. in l. 12 luglio 1991, n. 203, i benefici ivi previsti (compreso quello della liberazione anticipata di cui all’art. 54 dell’ord.), possono essere concessi, quando si tratti di condannati per taluno dei delitti contemplati nella prima parte del comma 1 del citato art. 4-bis (a differenza di quanto si verifica invece nel caso di condannati per taluno dei delitti contemplati nella seconda parte), solo quando sussistano elementi positivi atti a superare quella che, altrimenti, va qualificata come una presunzione, dettata dal legislatore, di permanenza di collegamenti tra il condannato e la criminalità organizzata o eversiva”; “L’art. 4-bis comma 1 l. 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni, nella parte in cui prevede la concedibilità di benefici penitenziari a soggetti detenuti o internati per determinati delitti, “solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva”, pone per ciò stesso una presunzione di pericolosità sociale a carico dei soggetti ivi menzionati, per cui, in presenza di informazioni degli organi di polizia assertive della esistenza, in concreto, di detta pericolosità, ed in assenza, per converso, di elementi positivamente dimostrativi della pur allegata (dall’interessato) inesistenza di rapporti con la criminalità organizzata o eversiva, il tribunale di sorveglianza non ha l’onere di dimostrare, a sostegno della decisione di rigetto della richiesta volta all’ottenimento dei benefici in questione, la effettiva sussistenza dei rapporti sopraindicati”.

meccanismo ha portato diversi autori a parlare di *probatio diabolica* poiché fornire la prova dell'inesistenza di un fatto costituisce un'operazione gneoseologicamente problematica, soprattutto se si considera che la non attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, non essendo un qualcosa di ben definito, difficilmente è dimostrabile fornendo la prova positiva di fatti non compatibili⁵⁰.

Inoltre vi è una vera e propria inversione dell'onere della prova dal momento che l'obbligo di dimostrare che, i collegamenti, certi al momento della commissione del reato, siano frattanto venuti meno finisce per gravare sul condannato che aspira al beneficio.

4.4. Il significato della collaborazione.

La legislazione premiale per i collaboranti pone numerose problematiche giuridiche sia dal punto di vista della legittimità sia delle scelte di politica criminale.

Dottrina e giurisprudenza si sono spesso interrogate sulla *ratio* e sulla funzione politico-criminale della collaborazione.

Ai nostri fini la collaborazione è da intendersi come condotta cooperativa con l'autorità giudiziaria e di polizia finalizzata all'accertamento dei reati e/o alla individuazione dei loro autori⁵¹. Si precisa che le considerazioni che seguiranno si riferiscono in particolare alla legislazione antimafia che si è sviluppata dagli anni novanta fino ai giorni nostri.

⁵⁰ F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, op. cit., p. 103 ss; cfr. M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili* in E. DOLCINI – C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*

⁵¹ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 12.

4.4.1. Premialità e prevenzione generale.

In dottrina è controversa la compatibilità del premio per la collaborazione con la funzione generalprevenitiva della pena. Parte della dottrina ritiene che la legislazione premiale non giustifichi le funzioni di prevenzione generale per una serie di motivi.

In primo luogo, non vi è sufficiente riscontro della capacità deterrente della legislazione premiale rispetto alla commissione di altri reati⁵². I reati ideologicamente orientati, tra cui rientrano senz'altro i reati di matrice mafiosa, sono commessi da persone poco sensibili all'effetto deterrente della pena. Il premio per la collaborazione risulterebbe controproducente per due motivi: *in primis* finirebbe per essere concepito da questi soggetti come un "amorale incentivo alla delazione, come sfida"⁵³; in secondo luogo il soggetto al momento di commettere il reato potrebbe ragionare utilitaristicamente poiché sa che, qualora venga scoperto, può ottenere sconti di pena o trattamenti esecutivi favorevoli con atti anche non sinceri di ravvedimento⁵⁴.

Un premio per la collaborazione che permetta di punire poco, non punire affatto e concedere trattamenti penitenziari favorevoli agli autori di gravi reati, è

⁵² Ivi, p. 471 ss.

⁵³ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., p. 472.

⁵⁴ Cfr. R. PASELLA, *Diritto penale premiale e funzione della pena*, in *Diritto penale e sistema premiale*, Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale promosso dalla Fondazione "Avv. Angelo Luzzani", Como, 26-27 giugno 1981, p. 242; E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, op. cit., p. 123; D. PULITANO', *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, op. cit., p. 96. "Il favor promesso al delatore costituisce un affievolimento della minaccia penale: il potenziale delinquente potrebbe cogliervi la speranza di un'uscita a buon mercato, nel caso che le cose gli andassero male, e quindi una diminuita remora all'agire".

visto come pericoloso per la funzione generale positiva della pena di orientamento dei cittadini ad aderire ai valori su cui poggia l'ordinamento⁵⁵. Inoltre, è stato evidenziato come, il premio per la collaborazione in quanto “commercio tra una delazione e un beneficio”⁵⁶ rischia di incidere negativamente sulla comprensione e l'accettazione futura del diritto penale da parte dei consociati.

Un ultimo argomento contro l'efficacia generalpreventiva del premio per il collaborante, si focalizza sulla debolezza che il sistema penale potrebbe mostrare concedendo benefici premiali ad autori di gravi reati, con conseguente affievolimento nel lungo periodo del sistema di tutela penale nel suo complesso⁵⁷. Altra parte della dottrina, invece, ritiene compatibile il premio con la funzione di prevenzione generale⁵⁸.

Innanzitutto, contro la tesi di chi ritiene che il premio possa ‘indebolire’ il sistema di tutela penale, si è osservato come in Italia il massimo momento di debolezza dello Stato rispetto al potere mafioso, sia coinciso con politiche legislative severe prive di incentivi alla collaborazione processuale. Con l'introduzione dei benefici premiali lo Stato dimostra di considerare la lotta alla criminalità un obiettivo primario da perseguire⁵⁹.

A sostegno della compatibilità del premio con la funzione di generalprevenzione si evidenzia poi come la collaborazione possa incentivare un

⁵⁵ Cfr. S. MOCCIA, *Prospettive non 'emergenziali' di controllo dei fatti di criminalità organizzata.. Aspetti dottrinali e di politica criminale*, Napoli, p. 778; P. NUVOLONE, *Politica criminale*, p.148;

⁵⁶ Cfr. D. LAMMER, *Terrorbekämpfung durch Kronzeugen*, in *ZRP*, 1989, p. 248 ss.

⁵⁷ H. JUNG, *Der Kronzeuge*, in *ZRP*, 1986, p. 36 ss. *contra* C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, *op. cit.*, p. 476.

⁵⁸ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, *op. cit.*, p. 476.

⁵⁹ G. FALCONE, *Intervento*, in *La legislazione premiale*, *op. cit.*, p. 228.

maggior numero di collaborazioni suscitando insicurezza all'interno delle stesse organizzazioni criminali.

Si è osservato, a nostro avviso correttamente, che a differenza della pena (strumento di prevenzione generale mediante *intimidazione*), il premio per la collaborazione processuale (strumento di prevenzione generale mediante *incentivazione*) si rivolge, non alla generalità dei cittadini, ma a persone che hanno già imboccato l'*iter criminis*. In questo caso lo scopo del premio sarebbe quello di attenuare il pregiudizio del reato e favorire l'attività di repressione criminale.

4.4.2. Premialità e prevenzione speciale.

Ugualmente controversa è la compatibilità del premio per la collaborazione processuale con la prevenzione speciale.

Parte della dottrina ritiene che il premio per la collaborazione non sia compatibile con nessuna delle tre componenti riferibili alla prevenzione speciale: intimidazione, risocializzazione e neutralizzazione⁶⁰.

Per quanto riguarda l'intimidazione, il premio per la collaborazione risulterebbe controproducente poiché comporta l'applicazione di pene particolarmente basse o di trattamenti penitenziari favorevoli.

Rispetto alla neutralizzazione il premio risulterebbe altrettanto controproducente poiché attenua e riduce l'effetto neutralizzativo legato all'esecuzione della pena⁶¹.

⁶⁰ Per un'analisi più approfondita delle tre componenti della prevenzione speciale si rimanda a E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 154 ss.

Rispetto alla funzione di risocializzazione, che richiede l'adeguamento del reo a determinati valori ritenuti apprezzabili dall'ordinamento, non si può ritenere esistente un nesso biunivoco tra collaborazione processuale e prognosi di futura risocializzazione. Infatti la collaborazione potrebbe essere viziata da un mero calcolo utilitaristico che non consentirebbe di considerarla necessariamente espressione di pentimento e di riappropriazione da parte del reo dei valori ritenuti apprezzabili dall'ordinamento e quindi di reinserimento nel contesto sociale da parte del reo⁶².

Altra parte della dottrina afferma per contro la compatibilità del premio per la collaborazione con le funzioni specialpreventive della pena.

In questo senso, si osserva che la collaborazione implica la rottura del collegamento tra l'autore del fatto e l'associazione criminale⁶³. Dalla constatazione secondo cui nei reati associativi di stampo mafioso, caratterizzati da un vincolo solidaristico molto forte⁶⁴, la collaborazione processuale rende altamente improbabile il rientro del collaborante nelle associazioni di stampo criminale, si trae la conseguenza che la minore pena o il trattamento penitenziario di favore trovino una loro giustificazione nella minore pericolosità sociale dell'autore, oramai fuori presumibilmente per sempre dall'associazione, e da una minore rimproverabilità derivante dal completo distacco dal suo passato criminale.

⁶¹ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., p. 479 – 480.

⁶² Cfr. S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, p. 191 ss.; E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in *La legislazione premiale*, op. cit., p. 124.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Le intercettazioni ambientali degli organi inquirenti hanno spesso registrato veri e propri riti di iniziazione per entrare a far parte dei clan delle organizzazioni criminali. E' un dato assodato d'esperienza giuridica che dalle organizzazioni criminali di stampo mafioso si esce con la morte o con la collaborazione Cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis*, op. cit., p. 136.

Alla base di questa impostazione vi è un concetto di risocializzazione più pragmatico, depurato da concezioni etiche, che coincide con il distacco del reo dall'attività criminale, comunque motivato, purché idoneo a fondare una prognosi di ragionevole non reversibilità⁶⁵. E' un dato assodato d'esperienza giuridica che dalle organizzazioni criminali di stampo mafioso si esce con la morte o con la collaborazione⁶⁶.

4.4.3. Art. 4-bis ord. penit.: collaborazione e rieducazione. L'intervento della Corte costituzionale.

Le considerazioni sviluppate nel corso dei precedenti paragrafi sono certamente riferibili alla legislazione penitenziaria di cui all'art. 4-bis ord. penit. in ordine ai benefici penitenziari e al loro rapporto con i detenuti non collaboranti. L'articolo in esame pone molte questioni problematiche di cui si cercherà di dare conto in questo paragrafo.

Si è osservato che la collaborazione è un comportamento produttivo di vantaggi altrimenti non conseguibili⁶⁷. In altri termini l'esecuzione della pena finisce per fungere da strumento di pressione diretto all'ottenimento della collaborazione, trasformando l'apparato carcerario in "ingranaggio attivo dell'azione

⁶⁵ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., p. 482; D. PULITANO', *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *La legislazione premiale*, op. cit., p. 87 ss.; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis*, op. cit., p. 130.

⁶⁶ Cfr. A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis*, op. cit., p. 136.

⁶⁷ A. PRESUTTI, *Alternative al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale* in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 81 ss.

investigativa”⁶⁸. In tal senso una parte consistente della dottrina si oppone al premio per la collaborazione processuale poiché finirebbe per svolgere una spinta inquisitoria alla confessione e alla delazione. Attraverso la promessa di mitezza del trattamento penitenziario si svolge una pressione autoritaria sul condannato (c.d. *soave inquisizione*)⁶⁹. L’esecuzione della pena in questi casi rischia di non essere più finalizzata alla risocializzazione del condannato funzionando come strumento idoneo ad agevolare l’attività investigativa contro la criminalità organizzata, obiettivo completamente estraneo alle canoniche finalità della pena, su tutte quella rieducativa.

Un profilo problematico da analizzare è il nesso tra collaborazione e rieducazione che la norma in esame sembra affermare. La centralità dell’apporto collaborativo⁷⁰ del detenuto costituisce uno scompensamento rispetto ad un sistema volto alla funzione rieducativa della pena. Collaborazione e rieducazione, come è stato suggerito da una parte della dottrina, non si implicano vicendevolmente poiché sono due fenomeni disomogenei⁷¹. Si può collaborare anche in assenza di un

⁶⁸ C. CESARI – G. GIOSTRA, *Art. 4-bis, Ordinamento penitenziario commentato, op. cit.*, p. 59; cfr. in termini analoghi FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario, op. cit.*, p. 237.

⁶⁹ Cfr. T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 529 ss; In proposito si veda anche G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, vol. III, Pisa, 1832, p. 241.

⁷⁰ A. PRESUTTI, *Alternative al carcere, op. cit.*, p. 95. L’autore parla di “ipervalutazione delle condotte collaborative”.

⁷¹ Tribunale di sorveglianza di Firenze, r.o. nn. 550 e 552/1993 di rimessione alla Corte costituzionale (sent. 306/1993) afferma che il collegamento tra la collaborazione e il cammino della rieducazione-riabilitazione che deve caratterizzare il processo di esecuzione della pena sarebbe sostanzialmente mistificatorio, perché la prima è un’opzione pratica che nasce dalla valutazione della convenienza processuale ed è fortemente condizionata dall’andamento delle indagini e del processo, mentre il secondo corrisponde invece ad un percorso di rivisitazione dei propri valori, delle proprie condizioni di vita ed alla creazione, nella fase riabilitativa, di valori e condizioni che favoriscano un corretto reinserimento sociale.

ravvedimento da parte del condannato, che è un fenomeno squisitamente interiore⁷².

In questi casi, l'equivalenza tra sicuro ravvedimento e collaborazione con la giustizia appare una mera *fictio iuris*⁷³.

La Corte costituzionale con la sentenza 306/1993, è intervenuta in merito all'asserita incompatibilità tra l'art. 4-*bis* ord. penit. e il disposto dell'art. 27 co. 3 Cost. e richiamando il principio della *polifunzionalità* della pena ha ribadito la piena legittimità della scelta del legislatore “di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia”. La Corte tuttavia riconosce che la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena⁷⁴.

Altra parte della dottrina ha visto la collaborazione come un'inequivocabile condotta indice di frattura dei legami tra il condannato e la criminalità organizzata integrando un fatto oggettivo di contrasto all'organizzazione criminale che fanno ritenere reale l'avvenuto reinserimento sociale⁷⁵.

⁷² Cfr. M. PAVARINI – B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, p. 182; M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 506; F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1998, p. 124.

⁷³ F. DE MINICIS, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Diritto penale e processo*, 11/2014, p. 1273.

⁷⁴ Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di “tipi di autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita.

⁷⁵ V. GREVI, *Verso un regime progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia* in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra*

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 4-*bis* ord. penit. in relazione a diversi parametri costituzionali (su tutti il principio di eguaglianza e il principio rieducativo)⁷⁶, ha affermato che “la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il sistema penitenziario”. Prosegue la Corte mettendo in luce la “preoccupante tendenza alla configurazione normativa di tipi di autore, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita. Inoltre, non può non destare serie perplessità, pur in una strategia di incentivazione della collaborazione, la vanificazione dei programmi e percorsi rieducativi”⁷⁷.

La Corte costituzionale, pur operando alcune modifiche sul testo dell'art. 4-*bis* ord. penit., ne ha riconosciuto la sua legittimità rispetto agli artt. 3 e 27 co. 3 Cost. sulla base del significato della condotta di collaborazione da considerarsi espressione dell'avvenuto distacco del condannato dalla criminalità organizzata e non come strumento di supporto alle indagini pur riconoscendo le sue peculiarità e criticità relativamente al principio rieducativo.

La differenziazione di trattamento penitenziario non contrasta con l'art. 3 Cost. La presunzione di mantenimento del vincolo associativo in assenza di collaborazione non consente di usufruire dei benefici penitenziari dell'ordinamento penitenziario poiché sarebbero utilizzati dal condannato per mantenere la propria

reforme ed emergenza, Padova, 1994, p. 10; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis*, *op. cit.*, p. 130.

⁷⁶ Altre doglianze riguardavano il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il principio di legalità (art. 25 co. 2 Cost.).

⁷⁷ Corte cost. 7 agosto 1993, n. 306; cfr. L. EUSEBI, *L'ergastolano «non collaborante»*, *op. cit.*, p. 1221. Secondo l'autore non potrà mai ritenersi costituzionalmente ammissibile un regime giuridico che annulli gli effetti di una rieducazione effettivamente realizzatasi.

posizione all'interno dell'associazione criminale. Per la Corte la *ratio* della disciplina è così rintracciabile: la collaborazione è l'unico modo per rompere il legame con l'associazione criminale e conseguentemente per seguire un percorso rieducativo, conforme al dettato dell'art. 27 Cost., consono e coerente alla scelta di collaborare⁷⁸.

5. Il c.d. *ergastolo ostativo*: disciplina.

Questo lungo *excursus* sull'art. 4-*bis* ord. penit. e la collaborazione del condannato è stato necessario per meglio capire il tema centrale del nostro lavoro, il c.d. *ergastolo ostativo*.

Come abbiamo già avuto modo di dire è una figura di creazione dottrinale che trova la sua disciplina negli artt. 22 c.p., 4-*bis* ord. penit. e 2 co. 1 d.l. 152/1991⁷⁹. Con tale espressione si intende riferirsi alla situazione in cui viene a trovarsi il soggetto che sia stato condannato all'ergastolo per uno dei delitti previsti dalla c.d. 'prima fascia' dell'art. 4-*bis* ord. penit., che non abbia prestato collaborazione ex art. 58 ter ord. penit.

⁷⁸ A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41-bis*, op. cit., p. 130. "Un ormai consolidato sapere, formatosi sulla base di un'esperienza giudiziaria secolare, ci dice che dalle organizzazioni criminali di stampo mafioso si esce con la morte o con la collaborazione, altre vie d'uscita non ce ne sono".

⁷⁹ Art. 2 d.l. 152/1991. "I condannati (*per i delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater*) dell'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei benefici ivi indicati. Si osservano le disposizioni dei commi 2 e 3 dell'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354. Fermi restando gli ulteriori requisiti e gli altri limiti di pena previsti dall'articolo 176 del codice penale e fatto salvo quanto stabilito dall'articolo 8 della legge 29 maggio 1982, n. 304, i soggetti di cui al comma 1 non possono comunque essere ammessi alla liberazione condizionale se non hanno scontato almeno due terzi della pena temporanea".

Come abbiamo già avuto modo di ricordare, nei confronti degli autori di questi delitti la mancanza di collaborazione “osta” alla concessione delle misure alternative alla detenzione e dei benefici penitenziari come il lavoro all’esterno (art. 20 ord. penit), i permessi premio (art. 30-ter ord. penit.) e la semilibertà (art. 48 ord. penit.).

Inoltre, per espressa previsione dell’art. 2 co. 1 d.l. 152/1991, la liberazione condizionale viene equiparata allo stesso regime cui è sottoposta la concessione dei benefici penitenziari per cui in assenza di collaborazione l’ergastolano autore di uno dei reati di prima fascia non potrà accedervi nemmeno dopo i ventisei anni previsti dall’art. 176 co. 3 c.p.

In altre parole si verifica l’unica ipotesi all’interno dell’ordinamento penale in cui l’ergastolo, pur ove il soggetto condannato partecipi alle attività di rieducazione, risulti una pena effettivamente perpetua senza dare possibilità al condannato di poter uscire dal carcere, nemmeno per brevi periodi di tempo.

Il termine “ergastolo ostativo” è stato coniato per la prima volta da alcuni detenuti condannati all’ergastolo e non collaboranti per reati di matrice mafiosa⁸⁰. Qualche anno dopo anche la dottrina penalistica, su tutti Andrea Pugiotto, ha iniziato ad utilizzare lo stesso termine per identificare il fenomeno di cui stiamo parlando.

Se infatti è vero che, astrattamente, tali condannati sono ammessi ad alcuni benefici (liberazione anticipata e permessi di necessità), è altrettanto vero che nella prassi hanno un’incidenza davvero poco significativa sul trattamento penitenziario.

⁸⁰ Si veda la lettera del detenuto Francesco Annunziata, consultabile all’indirizzo web <https://urladalsilenzio.wordpress.com>

In prima istanza, l'art. 4-*bis* ord. penit. esclude dal suo campo di applicazione la liberazione anticipata⁸¹, che dunque si applica in ogni caso. Si noti però come vi sia una totale irrilevanza degli sconti di pena applicabili per effetto della liberazione anticipata proprio in virtù delle limitazioni poste dallo stesso art. 4-*bis* ord. penit.

Per quanto riguarda poi i permessi di necessità *ex art.* 30 ord. penit., essi sono sicuramente applicabili agli ergastolani ostativi. Dalla forte caratterizzazione umanitaria, esso consente al condannato dal carcere, qualunque sia la sua condizione trattamentale, in eccezionali casi di pericolo di vita per i propri familiari e eventi di particolare gravità sempre inerenti la sfera familiare (per un'analisi più dettagliata del permesso di necessità, cfr. *infra*, par. 5.1).

5.1. Il permesso di necessità *ex art.* 30 ord. penit.: un istituto di umanizzazione della pena per gli ergastolani non collaboranti.

Escluso dal divieto di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. è il c.d. *permesso di necessità*, previsto dall'art. 30 ord. penit. Questi permessi sono concessi al condannato in due ipotesi: nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente (comma 1) ed eccezionalmente nel caso di eventi familiari di particolare gravità (comma 2)⁸².

⁸¹ Art. 4-*bis* ord. penit.: “L’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, *esclusa la liberazione anticipata* (...)”.

⁸² Per un’ampia trattazione si rimanda a: E. ORLANDI, *Il permesso di «necessità» nell’ordinamento penitenziario*, in *Giur. merito*, fasc. 2, 2013, p. 404 ss; G. LA GRECA, *Art 30*, in V. GREVI - G. GIOSTRA – F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato, op. cit.*, p. 374 ss; M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario, op. cit.*, p. 172.

Mentre per la prima ipotesi non si verificano particolari problematiche essendo chiara la formulazione della legge, per la seconda ipotesi si pongono problemi di interpretazione della lettera della legge per l'instabilità e la vaghezza definitoria dei presupposti per la concessione del permesso: carattere eccezionale, particolare gravità dell'evento e attinenza alla vita familiare dell'evento⁸³.

La natura giuridica dei permessi contemplati dall'art. 30 ord. penit. è controversa e ha coinvolto giurisprudenza e dottrina in un acceso dibattito. L'orientamento dottrinale prevalente ritiene che l'art. 30 ord. penit. trovi la sua *ratio* nella sola esigenza di umanizzare la pena, mentre l'art. 30-ter ord. penit., disciplinante i permessi premio, abbia una natura premiale volta alla finalità rieducativa⁸⁴.

La giurisprudenza di merito non ha una posizione unitaria in merito alla natura dei permessi di necessità oscillando tra il ritenere che l'art. 30 ord. penit. “non persegue finalità trattamentali”⁸⁵ e tra l'affermare che i permessi possono concedersi anche al fine di consentire al detenuto di partecipare ad iniziative eccezionali di

⁸³ G. LA GRECA, *Art 30*, in V. GREVI - G. GIOSTRA - F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato, op. cit.*, p. 378. L'autore, sul punto dell'attinenza alla vita familiare sottolinea che “sebbene la disposizione faccia uso soltanto di questo aggettivo, si deve intendere che il legislatore abbia inteso contemplare, coma ha espressamente fatto per analogo permesso previsto per l'imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, eventi che riguardino la vita della famiglia, ma intesa nella sua configurazione così legale come di fatto”.

⁸⁴ Cfr. P. COMUCCI, *Sulla natura trattamentale dei permessi di cui all'art. 30 ord. penit.*, in *Foro ambrosiano*, n. 4, Milano, p. 468 ss.; L. TAMPIERI, *I permessi premio e le norme in materia di permessi e licenze*, in G. FLORA (a cura di) *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario (l. 10.10.1986)*, n. 6639, Milano, 1987, p. 145 ss.

⁸⁵ Trib. sorv. Perugia, 15 febbraio 2012.

carattere trattamentale utili al programma risocializzativo⁸⁶. Quest'ultima interpretazione, ancora minoritaria in giurisprudenza, potrebbe permettere ad ergastolani condannati per reati di prima fascia, che non possono accedere ai permessi premio, di partecipare ad iniziative di valore risocializzante anche all'esterno⁸⁷ oltre che usufruire dei permessi per ragioni umanitarie strettamente legate ad eventi di carattere eccezionale riguardanti la sfera familiare.

Tuttavia i permessi di necessità vengono rilasciati con molta parsimonia dalla magistratura di sorveglianza⁸⁸.

5.2. Ergastolo, liberazione condizionale e la preclusione dell'art. 4-bis ord. penit.

Come abbiamo già ricordato, per effetto dell'art. 2 d.l. 152/1992 che rimanda all'art. 4-bis ord. penit., l'ergastolano non collaborante resosi autore di uno dei delitti di prima fascia non può accedere alla liberazione condizionale nei termini e nei modi stabiliti dall'art. 176 c.p.

⁸⁶ Trib. sorv. Milano, 20 febbraio 2006, in *Foro ambrosiano*, 2006 con nota di P. COMUCCI. Cfr. F. FIORENTIN, *Permessi straordinari per la tutela del legame parentale tra minore e genitore detenuto: un'interpretazione secundum consistutionem*, in *Giur. merito*, fasc. 6, p. 1664.

⁸⁷ Sul punto si veda E. ORLANDI, *Il permesso di «necessità» nell'ordinamento penitenziario*, *op. cit.* L'autrice mette in evidenza come assumere una o l'altra posizione in merito alla natura dei permessi di necessità abbia rilevanti conseguenze nel caso in cui il recluso stia scontando una pena dell'ergastolo per reato ostativo, e che quindi per effetto dell'art. 4-bis ord. penit., gli è totalmente negata la fruibilità del permesso premio (ma non di quello ordinario), salvo ovviamente il caso di collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter ord. penit.*

⁸⁸ Per un'analisi più approfondita della prassi in materia di permessi di necessità si rimanda a E. ORLANDI, *Il permesso di «necessità» nell'ordinamento penitenziario*, *op. cit.*, p. 3 ss.

Condizione necessaria per accedervi, così come per accedere a tutti gli altri benefici penitenziari, è fornire un'utile collaborazione o dimostrare di essere impossibilitati a fornire un'utile collaborazione. Se l'ergastolano non ha intenzione di collaborare ma comunque ha compiuto, durante la sua detenzione, un reale percorso rieducativo che lo ha condotto ad un ravvedimento interiore del suo passato, non può uscire dal carcere. Proprio l'impossibilità per chi non collabora di accedere alla misura che consente all'individuo di tornare in libertà rende dubbia la compatibilità dell'ergastolo ostativo con il principio della rieducazione.

I rapporti tra l'ergastolo e la finalità rieducativa della pena sono da tempo al centro di un dibattito che ha interessato dottrina, giurisprudenza e mondo politico.

Abbiamo osservato nel cap. II come la giurisprudenza costituzionale abbia respinto l'ipotesi di un contrasto tra il principio rieducativo ed ergastolo. Le argomentazioni della Corte costituzionale⁸⁹ poggiano sulla possibilità per il condannato all'ergastolo di accedere dopo ventisei anni alla liberazione condizionale se ha dato prova di un sicuro ravvedimento. Dunque grazie all'istituto di cui all'art. 176 c.p., la pena perpetua deve ritenersi compatibile con l'art. 27 co. 3 Cost. poiché l'ergastolano può essere reinserito nel consorzio civile.

Ma come si concilia questo storico orientamento della Corte costituzionale con il fenomeno dell'ergastolo ostativo?

Dopo circa dieci anni di vigenza di questo regime così restrittivo per il condannato all'ergastolo la Corte costituzionale interviene sul punto⁹⁰, interpellata

⁸⁹ Si veda Corte cost. 22 novembre 1974, n. 264.

⁹⁰ Corte cost. 24 aprile 2003, n. 135.

dal Tribunale di sorveglianza di Firenze in merito alla legittimità dell'art. 4-*bis* ord. penit. in relazione all'art. 27 co. 3 Cost.

5.2.1. La sentenza 135/2003 della Corte costituzionale: la collaborazione “oggettivamente esigibile” e il comportamento del condannato.

La sentenza 135/2003 della Corte costituzionale si inserisce nel contesto delle preclusioni predisposte dall'art. 4-*bis* ord. penit. ed incide sull'aspetto particolarmente delicato dei rapporti tra liberazione condizionale, prevista dall'art. 176 c.p. e la pena dell'ergastolo⁹¹.

Abbiamo visto (cfr. *supra*, cap. II) come la possibilità di concedere la liberazione condizionale ai condannati all'ergastolo introdotta dall'art. 2 della l. 1634/1962⁹² abbia reso compatibile con il quadro costituzionale la pena perpetua contemplata dall'art. 22 c.p., consentendo un effettivo reinserimento sociale di tali soggetti nel consorzio civile⁹³. Inoltre la perpetuità dell'ergastolo è venuta ad attenuarsi grazie alla l. 663/1986 di riforma del sistema penitenziario e all'intervento della Corte costituzionale⁹⁴.

Nella sentenza del 2003, viene sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Firenze questione di legittimità costituzionale sulla base del fatto che la preclusione

⁹¹ Corte cost. 24 aprile 2003, n. 135 con nota di A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Diritto penale e processo*, 11/2014, p. 1351.

⁹² Disposizione poi confermata dall'art. 8 della l. 663/1986.

⁹³ Cfr. Corte cost. 24 giugno 1974, n. 264 con nota di M. PAVARINI, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 262.

⁹⁴ Corte cost. 21 settembre 1983, n. 274, che ha esteso al condannato all'ergastolo la possibilità di beneficiare della liberazione anticipata di cui all'art. 54 ord. penit.

contenuta nell'art. 4-*bis* ord. penit., negando all'ergastolano non collaborante con la giustizia l'accesso alla liberazione condizionale, renderebbe in concreto perpetua la sanzione penale, con conseguente possibile violazione del principio rieducativo scolpito nell'art. 27 co. 3 Cost. poiché al soggetto condannato non rimane alcuna prospettiva di decarcerizzazione e di effettivo reinserimento sociale⁹⁵.

Secondo il giudice *a quo* “la disciplina impugnata determinerebbe una situazione del tutto analoga a quella scrutinata dalla Corte con la sentenza n. 161 del 1997, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, primo comma, ultimo periodo, del codice penale, nella parte in cui non prevede che il condannato alla pena dell'ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, possa essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio ove ne sussistano i relativi presupposti, perché tale disciplina determinava appunto una esclusione permanente e assoluta dal processo rieducativo, in violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost.”. Dunque il Tribunale di sorveglianza di Firenze equipara quest'ipotesi al divieto di concessione della liberazione condizionale al detenuto ergastolano che non collabora con la giustizia.

La Corte costituzionale rigetta la questione di legittimità ritenendo non contrastante con la Costituzione l'art. 4-*bis* ord. penit. nella parte in cui rende necessario il requisito della collaborazione con la giustizia ai fini della concessione della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo.

Secondo la Corte, la preclusione all'ammissione alla liberazione condizionale non è equiparabile al divieto che era previsto dall'art. 177 co. 1 c.p. prima

⁹⁵ Corte cost. 24 aprile 2003, n. 135 con nota di A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit., op. cit.*, p. 1354.

dell'intervento della sentenza n. 161 del 1997⁹⁶, essendo stato che, nel caso concreto, il condannato avrebbe potuto fornire il proprio apporto collaborativo nell'accertamento dei fatti e delle responsabilità altrui ed aveva invece scelto di non farlo.

Da ciò, la Corte trae la conclusione che, a differenza della situazione valutata dai giudici costituzionali con la sentenza del 1997, la preclusione prevista dall'art. 4-*bis* ord. penit. non è assoluta e permanente poiché al condannato all'ergastolo è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta, collaborando, con conseguente cessazione del carattere effettivamente perpetuo dell'ergastolo senza liberazione condizionale⁹⁷.

L'art. 177 co. 1 c.p. prima dell'intervento della Corte, non consentiva di riesaminare la posizione del condannato dopo la revoca della liberazione condizionale, dunque per il condannato non c'era una possibilità di scelta per evitare le conseguenze prescritte dalla legge. In sostanza la Corte ritiene che se la

⁹⁶ Corte cost. 24 aprile 2003, n. 135. "L'art. 77, primo comma, cod. pen. è stato dichiarato illegittimo con la menzionata sentenza (161/1997, *NdA*) in quanto, nel prevedere che in caso di revoca della liberazione condizionale conseguente alla commissione di un delitto o di una contravvenzione della stessa indole, ovvero alla trasgressione degli obblighi inerenti alla libertà vigilata, la posizione del condannato non poteva essere riesaminata ai fini di una nuova ammissione al beneficio, dettava un divieto assoluto e definitivo, come tale incompatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost."

⁹⁷ Al contrario, la preclusione prevista dall'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, dell'ordinamento penitenziario non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo: tale disciplina non preclude pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta.

collaborazione possa essere fornita utilmente, come nel caso di specie⁹⁸, e non si versi in ipotesi di collaborazione impossibile, la scelta effettuata dal condannato rappresenta un “criterio legale di valutazione di un comportamento”⁹⁹ che rileva ai fini dell’accertamento del requisito del “sicuro ravvedimento” del reo richiesto dall’art. 176 c.p. per la concessione della liberazione condizionale.

La Corte costituzionale, con questa sentenza, conferma i precedenti orientamenti in materia di liberazione condizionale, all’interno dei quali centrale è la collaborazione “oggettivamente esigibile” in un’ottica di reinserimento sociale del reo, poiché unica condotta idonea a rimuovere la preclusione dell’art. 4-*bis* ord. penit.

Com’è stato acutamente osservato¹⁰⁰ il concetto di collaborazione “oggettivamente esigibile” come interpretato dalla Corte sta a significare che fino a quando il carattere effettivamente perpetuo dell’ergastolo sarà conseguenza di un comportamento del condannato che, pur trovandosi nella possibilità di poter aiutare gli organi inquirenti con il fine di accertare fatti e nuove responsabilità penali, decida di non venir meno al sodalizio criminoso, non potrà ritenersi violato il principio rieducativo della pena poiché permane la possibilità di una successiva modifica della condotta del reo.

5.2.2. La successiva giurisprudenza di legittimità in tema di ergastolo.

⁹⁸ Corte cost. 24 aprile 2003, n. 135. “Il condannato non si trova in una situazione di collaborazione inesigibile e, in particolare, in una situazione di impossibilità di collaborare in conseguenza dell’integrale accertamento dei fatti alla stregua della sentenza n. 68 del 1995”.

⁹⁹ A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall’art. 4-bis ord. penit.*, op. cit., p. 1355.

¹⁰⁰ A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall’art. 4-bis ord. penit.*, op. cit., p. 1356.

Il riavvio di una lenta e profonda riflessione in dottrina successivamente alla sentenza 135/2003 della Corte costituzionale, sulle criticità costituzionali della pena perpetua e dell'ergastolo ostativo, non ha però trovato eco nella giurisprudenza.

In particolare la sentenza 33018/2012 della Cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 c.p. sollevata in relazione all'art. 27 Cost. nonché all'art. 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo che vieta la tortura e la sottoposizione del condannato a pene o trattamenti inumani¹⁰¹. La Suprema Corte, sposando la più storica e affermata giurisprudenza della Corte costituzionale, afferma che “a seguito della legge 25 novembre 1962 n. 1634 e dell'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario, ha cessato di essere una pena perpetua, quindi non può dirsi contraria al senso di umanità, inoltre non è incompatibile con la grazia e con la possibilità di un reinserimento incondizionato del condannato nella società libera”.

Ancora più interessante ai fini della nostra trattazione è una recentissima sentenza della Cassazione, la n. 18206 del 2014, che fa specifico riferimento all'ergastolo ostativo.

Nei fatti un'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Napoli aveva rigettato il reclamo proposto da un ergastolano avverso il provvedimento della magistratura di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere che aveva dichiarato inammissibile la domanda di permesso premio dallo stesso proposta poiché ostativa

¹⁰¹ Art. 5 Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo: “Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti”.

alla concessione del beneficio in quanto le condanne ricevute riguardavano reati associativi c.d. di prima fascia inclusi nell'elenco dell'art. 4-*bis*, co. 1 ord. penit. e in assenza di collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* ord. penit. Avverso la suddetta ordinanza ricorreva il condannato adducendo l'illegittimità costituzionale dell'ergastolo "ostativo" *ex art. 4-bis* ord. penit. che, in quanto pena perpetua, contrasta con il principio rieducativo sancito dall'art. 27 co. 3 Cost.

La Corte di Cassazione, analizzando questa e altre parallele doglianze, rigetta le questioni qualificandole come infondate motivando il provvedimento *per relationem* con rinvio alla sentenza 135/2003 (cfr. *supra*, par. 5.2.1). Tuttavia, la peculiarità di questa sentenza consiste nell'affermazione della Corte che, prima di entrare nel merito in relazione fondatezza dei motivi di illegittimità contestati, rifiuta che nell'ordinamento giuridico possa esistere un autonomo tipo di pena qualificabile come "ergastolo ostativo"¹⁰².

Questa sentenza della Cassazione sembra chiudere, almeno per il momento, ogni spiraglio per il riconoscimento della figura dell'ergastolo ostativo, nell'ordinamento giuridico essendo concepita dalla giurisprudenza come una mera costruzione dottrinale di dubbia cittadinanza¹⁰³.

¹⁰² Cass. pen., Sez. I, 30 aprile 2014, n. 18206.

¹⁰³ Paolo Canevelli, Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Perugia ha rilasciato la seguente dichiarazione a margine del convegno "Carceri 2010: il limite penale ed il senso di umanità" (Roma 28 maggio 2010): "(...) Per finire, e qui mi allaccio ai progetti di riforma del Codice penale, non so se i tempi sono maturi, ma anche una riflessione sull'ergastolo forse bisognerà pure farla, perché l'ergastolo, è vero che ha all'interno dell'Ordinamento dei correttivi possibili, con le misure come la liberazione condizionale e altro, ma ci sono moltissimi detenuti oggi in Italia che prendono l'ergastolo, tutti per reati ostativi, e sono praticamente persone condannate a morire in carcere. Anche su questo, forse, una qualche iniziativa cauta di apertura credo che vada presa, perché non possiamo, in un sistema costituzionale che prevede la rieducazione, che prevede il divieto di trattamenti contrari

5.3. Alcuni dati statistici.

Per arricchire il nostro lavoro sul fenomeno dell'ergastolo ostativo in Italia, ci sembra doveroso analizzare qualche dato statistico.

Per prima cosa si ricordi che al 30 giugno 2014 i condannati all'ergastolo erano il 4,3% dell'intera popolazione detenuta per un totale di 1604 unità.

Sopprudentemente, nell'ultimo anno si registra un'inversione del trend sempre crescente dei condannati all'ergastolo con sentenza definitiva (tab. 1).



al senso di umanità, lasciare questa pena perpetua, che per certe categorie di autori di reato è assolutamente certa, nel senso che non ci sono spazi possibili per diverse vie di uscita.

Tab. 2: Unità dei condannati all'ergastolo con almeno una condanna definitiva (dati aggiornati al 30 giugno 2014).

Fonte: Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - sezione statistica. (dati consultabili sul sito www.giustizia.it, sez. statistiche.).

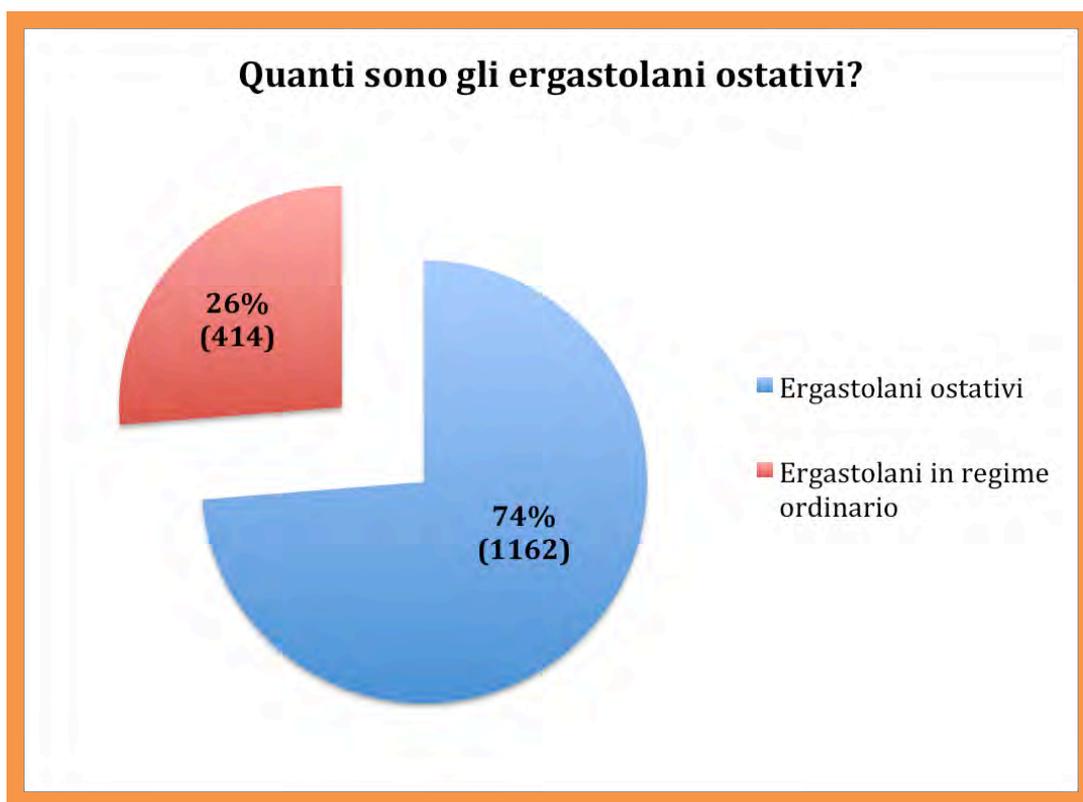
Infatti, al 30 settembre 2014, gli ergastolani erano 1576. Secondo alcuni dati del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, a quella data, gli ergastolani condannati non collaboranti sottoposti al regime restrittivo imposto dall'art. 4-*bis* ord. penit. erano 1162¹⁰⁴.

Come si può intuire dal grafico sotto riportato (tab. 2) quasi tre quarti (74% - 1162 unità) del totale dei condannati all'ergastolo (1576 unità) sono ergastolani ostativi poiché rei di aver commesso reati di prima fascia e allo stesso tempo non collaboranti.

Questo dato numerico¹⁰⁵ rende ancora più rilevante la discussione di dottrina e giurisprudenza in merito alla legittimità dell'art. 4-*bis* ord. penit. relativamente alla pena dell'ergastolo.

¹⁰⁴ Dati Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, si rimanda a <http://www.laltrariva.net/?p=1017>, ove si rimanda alla rivista "Una città".

¹⁰⁵ Si rileva che la redazione di Ristretti Orizzonti, associazione di recupero e risocializzazione dei detenuti, operante nella Casa di Reclusione di Padova, di concerto con una parte dei condannati all'ergastolo, sta svolgendo una ricerca statistica parallela a quella svolta dal DAP per verificare l'esattezza dei dati forniti.



Tab. 1: Percentuale e valore assoluto del numero di ergastolani “ostativi” rispetto a tutti i condannati all’ergastolo.

Fonte: Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria – Sezione statistica.

5.4. Le critiche all’ergastolo ostatico.

Dal 1992 ad oggi la dottrina ha fornito un grande contributo sui rapporti tra art. 4-*bis* ord. penit. e la pena dell’ergastolo¹⁰⁶.

Non sono mancate forti critiche, soprattutto dopo la sentenza 135/2003 della Corte costituzionale, al trattamento riservato agli ergastolani non collaboranti. Le critiche si sono mosse sostanzialmente su due direttrici che andremo ad analizzare

¹⁰⁶ Si consideri in tal senso A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l’ergastolo è incostituzionale*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, 2012, p. 118 ss.; D. GALLIANI, *Umana e rieducativa? La pena dell’ergastolo dinanzi alla Corte Costituzionale*, in www.davidegalliani.it; L. EUSEBI, *L’ergastolano «non collaborante»*, op. cit., p. 1221; F. DE MINICIS, *Ergastolo ostatico: un automatismo da rimuovere*, op. cit., p. 1273.

nei prossimi due paragrafi: da un lato si contesta l'automatismo imposto dall'art. 4-*bis* ord. penit. per il quale la non collaborazione è sintomo di collegamento attivo con l'associazione criminale, dall'altro lato ci si interroga se l'esecuzione di una pena realmente perpetua, senza nessuna possibilità di accedere ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale, non si configuri come una pena o in un trattamento contrario al senso di umanità contrastando con la Costituzione e numerose convenzioni internazionali.

5.4.1. La scelta di non collaborare.

5.4.1.1. (Segue): Una scelta non sempre sintomo di appartenenza all'associazione.

Il sicuro ravvedimento richiesto dall'art. 176 c.p. per la concessione della liberazione condizionale presuppone una prognosi positiva circa il futuro comportamento del condannato, che si presume abbia accettato un modello di vita conforme alle regole della collettività¹⁰⁷. Accertamento dove, lo ricordiamo, assumono un ruolo significativo alcuni indicatori esterni come ad esempio il comportamento generale e la partecipazione all'attività di lavoro e di studio¹⁰⁸.

La valutazione prognostica deve tener conto, come ricordato dalla Corte costituzionale¹⁰⁹, dell'avvenuta rottura o della mancanza di collegamenti con

¹⁰⁷ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, op. cit., p. 633.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Corte cost. 20 luglio 2001, n. 273.

l'associazione criminale, in assenza della quale non sarebbe possibile ipotizzare la cessazione della pericolosità sociale del detenuto. Dunque la collaborazione con la giustizia assume il ruolo di criterio di accertamento dello scioglimento del sodalizio criminale. E' così chiara la volontà del legislatore del 1992 che ritiene raggiungibile il sicuro ravvedimento per l'ammissione alla liberazione condizionale, solo in presenza della condotta collaborativa *ex art. 58-ter* ord. penit. a prescindere dal percorso risocializzativo effettivamente svolto nell'istituto di pena.

Gran parte della dottrina, a seguito della sentenza della Consulta del 2003, ha sottolineato come la disposizione risulti troppo rigida nella sua applicazione poiché non è sempre adattabile alle diverse casistiche¹¹⁰.

Si ritiene che possa verificarsi una violazione degli artt. 3 e 27 co. 3 Cost. poiché la rottura del legame criminoso potrebbe ben realizzarsi a seguito di un processo di interiore revisione critica del passato che conduca il soggetto a una "nuova coscienza sociale"¹¹¹.

La decisione del detenuto e in questo caso dell'ergastolano di non collaborare con la giustizia non è sempre sintomo di un'attualità di collegamenti con l'associazione criminale di originaria appartenenza e di mancata rieducazione. Il profilo problematico che si cerca di mettere in luce in questa sede è la troppa rigidità

¹¹⁰ G. LA GRECA, *Liberazione condizionale e criminalità organizzata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Foro.it*, 2002, I, p. 24.

¹¹¹ In tal senso A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, *op. cit.*, p. 118 ss. Per l'autore una ragione di criticità dell'art. 4 bis ord. penit. attiene al dato normativo che "fa coincidere il sicuro ravvedimento con un comportamento di collaborazione fruttuosa con la giustizia. La collaborazione (magari forzata ed enfatizzata perché interessata) fa infatti uscire di galera. La revisione critica del proprio passato (autentica ed attestata da comportamenti certi di dissociazione, ma non di delazione) tiene, invece, dietro le sbarre per sempre il condannato, anche quando ormai è altro da sé".

del sistema che tende a considerare “rieducato” il solo condannato che collabora, senza tener conto dell’effettivo percorso rieducativo svolto dal condannato e dei comprensibili motivi per cui non è sempre facile collaborare.

In primo luogo, l’assenza di collaborazione può essere l’effetto del timore del condannato di subire gravi ritorsioni ai danni dei suoi familiari¹¹². Vero è che lo Stato dovrebbe assumersi il compito di tutelare le famiglie dei collaboratori di giustizia tramite la predisposizione di idonei programmi di protezione, ma vero anche che, nei fatti, i programmi di protezione non sempre risultano idonei allo scopo che si prefiggono¹¹³. In questo modo l’ordinamento mira a raggiungere due risultati: pretendere la condotta collaborativa per accertare fatti e responsabilità, e tutelare i familiari dell’ergastolano da possibili vendette, molto frequenti nell’ambiente mafioso¹¹⁴.

In secondo luogo, talvolta il detenuto decide di non collaborare poiché il suo apporto sarebbe utile solamente per accertare vicende criminose concluse da tempo con la motivazione di non “scambiare” la propria libertà con la detenzione di persone

¹¹² L. EUSEBI, *L’ergastolano «non collaborante»*, op. cit., p. 1220 ss.

¹¹³ Numerosi collaboratori di giustizia hanno tuttavia deciso di rinunciare al programma di protezione poiché riconosciuti da affiliati nelle varie località segrete in cui erano stati mandati, manifestando inoltre il loro disagio per la ricorrente situazione di non ricevere i nuovi documenti di identità e per l’esigua indennità economica che lo Stato assicura ai collaboratori. Uno dei primi a denunciare questa situazione è stato Luigi Bonaventura, esponente della ‘Ndrina Vrenna Bonaventura Corigliano, che oggi vive senza protezione nel comune di Termoli.

¹¹⁴ Numerosi collaboratori di giustizia hanno tuttavia deciso di rinunciare al programma di protezione poiché riconosciuti da affiliati nelle varie località segrete in cui erano stati mandati, manifestando inoltre il loro disagio per la ricorrente situazione di non ricevere i nuovi documenti di identità e per l’esigua indennità economica che lo Stato assicura ai collaboratori. Uno dei primi a denunciare questa situazione è stato Luigi Bonaventura, esponente della ‘Ndrina Vrenna Bonaventura Corigliano, che oggi vive senza protezione nel comune di Termoli.

non più legate ad attività criminali. La delazione è spesso vista dal detenuto come una forma di scambio: la mia libertà (intesa come un regime penitenziario più mite) per la detenzione di un mio vecchio complice.

Concludendo si possono fare due considerazioni in merito alla scelta non collaborativa.

E' chiaro che nella maggior parte dei casi la mancata collaborazione è indice di una scelta di permanere nell'associazione: in questi casi nessun percorso rieducativo è possibile poiché manca il presupposto della disponibilità ad essere rieducato.

In altri casi, e per i motivi sopra esposti, la mancata collaborazione potrebbe convivere con il distacco dall'associazione criminale di provenienza. La mancata concessione dei benefici penitenziari diventa intollerabile perché non tiene conto del percorso riabilitativo sostenuto dal condannato che ha portato ad un reale ravvedimento interiore.

La soluzione per risolvere questo contrasto è il superamento della presunzione *assoluta* posta dall'art. 4-*bis* ord. penit. di insussistenza dei requisiti che consentono l'accesso del detenuto ai benefici penitenziari tramite la predisposizione di una *presunzione relativa*, e in quanto tale superabile con adeguata motivazione, dal magistrato di sorveglianza. In tal senso dispone un'interessante proposta di modifica dell'art. 4-*bis* ord. penit. di cui si darà conto più approfonditamente nel corso della trattazione (cfr. *infra*, par. 5.6).

5.4.1.2. (Segue): Il rischio di una pena inumana per l'ergastolano.

In ogni caso, poi, anche laddove non possa rinvenirsi un contrasto con il principio della rieducazione, l'ergastolo ostativo, in quanto pena necessariamente perpetua, si pone in contrasto - ad avviso di parte della dottrina - con un altro principio fondamentale ossia quello del divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti.

Questo fattore ha mosso una parte della dottrina a criticare l'ergastolo ostativo sotto un altro profilo, garantito dalla Costituzione e da numerose convenzioni internazionali di cui l'Italia risulta firmataria.

Il particolare regime di esecuzione della pena previsto dall'art. 4-bis ord. penit., traducendosi in carcere a vita senza contatti con il mondo esterno, potrebbe violare il principio sancito dall'art. 27 co. 3 Cost. prima parte ove *“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”*.

L'art. 1 della Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, ratificata dall'Italia nel 1989¹¹⁵ prevede che: *“Ogni atto con il quale viene intenzionalmente inflitto ad una persona un grave dolore o sofferenza, fisica o mentale, per propositi quali ottenere da essa o da un terzo informazioni o confessioni, punirlo per un atto che lui o un terzo hanno commesso o di cui sono sospettati (...) è, per il diritto internazionale, tortura”*.

Ma la disposizione più interessante in tema di pena inumana è rinvenibile nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. L'art. 3 CEDU statuisce che: *“Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o (trattamento) inumani o*

¹¹⁵ Convenzione firmata il 10 dicembre 1984.

*degradanti*¹¹⁶, disposizione avente rango subcostituzionale per via del richiamo operato dall'art. 117 Cost. La giurisprudenza della Corte Edu ha fornito delle utili indicazioni per accertare la violazione o meno del divieto di pene inumane. A questo riguardo rilevano sicuramente le modalità concrete di irrogazione della pena che non deve pregiudicare la dignità umana dell'individuo che vi è sottoposto¹¹⁷. In particolare, la Corte valorizza una serie di elementi come le condizioni specifiche di detenzione¹¹⁸, l'età e le condizioni specifiche di salute del condannato¹¹⁹, la durata della pena¹²⁰, nonché la percezione soggettiva del carattere umiliante di una determinata pena¹²¹.

In relazione all'ergastolo ostativo il carattere della durata della pena diventa fondamentale. C'è da chiedersi se una pena effettivamente perpetua sia da considerarsi conforme alla CEDU. La risposta sembrerebbe essere negativa a seguito della sentenza della Grande Camera del 9 luglio 2013 (*Vinter e altri c. Regno Unito*). La Corte Edu nella sua composizione più autorevole, ribaltando il verdetto emesso dalla quarta sezione della stessa Corte, ha ammesso, con particolare riferimento alla legislazione britannica, che l'ergastolo senza possibilità di revisione della pena è una violazione dei diritti umani, poiché l'impossibilità di scarcerazione è considerato un trattamento degradante e inumano contro il detenuto condannato in via definitiva alla

¹¹⁶ Traduzione tratta da: C. E. PALIERO (a cura di), *Art. 3 CEDU, Codice penale e normativa complementare*, Milano, 2013, p. 35.

¹¹⁷ Corte Edu, Grande Camera, 26 ottobre 2000, *Kulda c. Polonia*.

¹¹⁸ Corte Edu, Sez. III, 15 luglio 2002, *Kalashnikov c. Russia*.

¹¹⁹ Corte Edu, Sez. II, 20 gennaio 2009, *Guvec c. Turchia*.

¹²⁰ Corte Edu, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*.

¹²¹ Corte Edu, Sez. I, 11 giugno 2009, *S.D. C. Grecia*.

pena a vita con violazione dell'art. 3 CEDU¹²² (per un'analisi più approfondita della legislazione e della giurisprudenza della Corte Edu si rimanda al capitolo IV).

Il meccanismo previsto dall'art. 4-*bis* ord. penit. non consente di valutare il percorso rieducativo del condannato dunque, in assenza di collaborazione, la pena dell'ergastolo sembrerebbe urtare con i principi pronunciati dalla Corte Edu.

5.5. La parola agli ergastolani non collaboranti. La “pena di morte viva”.

Ci sembra utile e di arricchimento a questo lavoro mettere in luce il punto di vista degli ergastolani non collaboranti.

Ci siamo recati nel carcere di Padova, ove opera la redazione della rivista “Ristretti Orizzonti”, alle cui spalle opera un'omonima associazione che si occupa del recupero dei detenuti attraverso attività formative, di studio e di lavoro socialmente utile. La Redazione ci ha ospitato e permesso di partecipare ad un *focus group* con quattro ergastolani in regime di art. 4-*bis* ord. penit. e di poter effettuare un'intervista singola ad uno di loro che di seguito si riporta:

Come si chiama e quanti anni ha?

Mi chiamo Biagio Campailla e ho 44 anni.

Perché è in carcere?

Sono in carcere per avere commesso un omicidio in contesto di mafia. Sono stato condannato all'ergastolo ed ora sono sottoposto al regime restrittivo imposto

¹²² A. SCARCELLA, “*Fine pena mai*”: viola la CEDU, in *Cass. pen.*, 12/2013, p. 4667 – 4668.

dall'art. 4-bis ord. penit. per la concessione dei benefici penitenziari e della liberazione condizionale.

Da quanti anni è in carcere?

Sono in carcere dal 1998. ho scontato i primi cinque anni in Belgio perché abitavo lì, poi, nel 2003, sono stato estradato in Italia. Quando arrivai a Roma mi prelevarono e mi portarono a Parma, isolandomi, in attesa che arrivasse il regime di carcere duro (art. 41-bis ord. penit.). Poi nel 2012 mi revocarono il regime imposto dall'art. 41-bis ord. penit.

Cos'è l'ergastolo?

E' una tortura viva, una tortura che ti uccide tutti i giorni. Vivi nel buio perché non c'è un domani e non puoi fare nessun progetto e idea sul domani perché ogni giorno è uguale tutti i gironi. La tua anima muore e per finire perdi tutte le speranze finché non diventi uno "zombie". Vivi, ascolti, però non vedi un futuro. Io voglio sopravvivere perché ho dei figli e una famiglia anche se so che non potrò più rivederli e mangiare o dormire assieme a loro.

Non so se è un bene o un male ma voglio vivere per loro. Non so se è un bene o un male perché anche loro sono condannati a seguirmi, a ricevere le mie lettere, le mie richieste oppure semplicemente soffrire nell'ambiente carcerario con me. Puoi nascondere le sofferenze, ma la famiglia le sente quelle sensazioni Il trauma dei colloqui in regime di 41-bis per i miei figli è stato immenso. Dopo un po' capisci che quei colloqui fanno solo del male ai tuoi figli e devi avere il coraggio di non farli più venire, di non sapere più nulla. La corrispondenza viene censurata sia in entrata che

in uscita e spesso vengono bloccate le lettere perché sospette. Ho scontato 10 anni in regime di 41-bis prima ad Ascoli Piceno, poi a Parma e successivamente a Novara. Ero totalmente isolato in una stanza di 1.52 m x 3m, una piccola lampadina e senza la cucina. I libri erano pochi e prima di arrivare in cella venivano controllati. Le lascio a pensare dieci anni in quel modo, ne esci pazzo. Non solo la condanna che non rivedrai più la libertà, ma anche la condanna a perdere i contatti con la famiglia e la condanna ancora più grande di dover tagliare tu stesso anche i pochi contatti che ti sono permessi perché ti accorgi che stai solo facendo male ai tuoi cari.

Alla luce della sua esperienza in carcere, cosa ne pensa del principio rieducativo previsto dall'art. 27 Cost. relativamente all'ergastolo ostativo?

Qui a Padova l'esperienza rieducativa è sicuramente molto costruttiva grazie alla redazione di Ristretti Orizzonti. Io sono un ergastolano in Alta Sicurezza e non è possibile in quasi nessun carcere parlare e fare attività con le persone comuni. Io e Carmelo Musumeci siamo un caso raro in Italia. In altre carceri non esiste e non puoi fare nessun percorso che possa dirsi davvero rieducativo. Per la magistratura, rieducazione significa leggere e studiare qualche libro e comportarti in modo educato. Io dopo aver fatto in carcere quindici anni, mi vedo respingere le richieste di accesso ai benefici penitenziari perché la magistratura sostiene che non sto collaborando. Ma se ho fatto un percorso rieducativo serio, perché rifiuti le mie richieste di accedere ai benefici penitenziari? La magistratura non tiene conto del percorso rieducativo, come se tutti questi anni non siano serviti a nulla.

Perché non decide di collaborare con la giustizia?

Perché devo collaborare con la giustizia? Io sto scontando la mia pena. Sono stato condannato e ho accettato la mia pena e ora sto scontando l'ergastolo. Perché devo mettere in pericolo la libertà dei miei figli che poi dovranno per sempre vivere con un'identità diversa dalla loro e sotto protezione?

Quindi il motivo per cui non collabora è strettamente legato alla paura di ritorsioni familiari?

Io non collaboro con la giustizia perché la mia famiglia verrebbe attaccata e uccisa. Sarei colpevole due volte, sarei il mandante dell'omicidio dei miei familiari. Il sopravvissuto rimarrei solo io. Quando collaboro e dico al magistrato che i miei complici sono morti, non mi crede. La magistratura mi dice che sono tuttora attivo, dunque non ne vale la pena.

Ma noi stiamo facendo un percorso rieducativo. Quando vado davanti ai ragazzi del "Progetto Scuola" dico che non direi mai alla magistratura che ho ucciso, ma davanti a un ragazzo dico che ho ucciso per vendicarmi, ma dico anche di non farlo perché un giorno si potrebbe finire nella mia stessa situazione. Le cose che ho fatto, se tornassi indietro, non le rifarei mai più. Ai ragazzi devi parlare sincero. Davanti al magistrato non lo direi perché so già che ha un pregiudizio.

Il presumere che io sia attivo senza tenere conto del mio percorso rieducativo non è corretto, è la magistratura che deve valutare il mio percorso e vedere se io sono davvero cambiato. io vivo tutti i giorni con Ornella (la direttrice di Ristretti Orizzonti nda) e lei può dire se sono rieducato, non una persona che non conosce il mio percorso risocializzativo.

Inoltre la paura di collaborare deriva anche dal fatto che essendo cose successe anni fa c'è il rischio di contraddirsi. Una volta che ti contraddici ti sei completamente bruciato perché non ti credono più.

Io cerco di fare un percorso per sopravvivere, non per vivere. Le dico sinceramente che io so che il percorso che sto facendo con la redazione di Ristretti Orizzonti non mi dà nulla a livello di libertà, ma lo faccio per me perché vorrei trasmettere qualcosa a qualche ragazzo, perché non faccia i miei errori. So che quel ragazzo può trasmettere la mia esperienza ad altri e così sto meglio. Ma se dovessi farlo per le istituzioni non avrei scampo, non c'è speranza. Mi dicono a parole che sono bravo e rieducato ma poi rimango sempre in carcere. Il problema diventa della legge che non permette di dimostrare che sei rieducato, che sei una persona diversa da quella che ha varcato la soglia del carcere molti anni fa. Così siamo condannati a vita.

Cosa ne pensa della società civile che spesso invoca la pena di morte o trattamenti penitenziari ancora più duri per gli autori di gravi reati come quello che ha commesso?

La società civile non può capire perché per ogni reato se non ci passi, non puoi capire. La società ci conosce poco e ha poco confronto con noi. Di ogni cosa noi dobbiamo capirne la fonte.

La società deve capire in che contesto siamo nati, come dice Carmelo Musumeci, noi siamo nati colpevoli. Ci hanno insegnato che se qualcuno ti fa un torto, non devi andare dalla Polizia ma devi farti vendetta da solo, era la regola in quel periodo.

Per quanto riguarda le persone “forcaiolo”, Agnese Moro ci dice che non bisogna buttare via nulla. Noi siamo stati assassini e stiamo scontando le nostre pene e vogliamo riscattarci in qualsiasi modo anche con attività di volontariato e servizi socialmente utili se necessario. Ma non so se siamo più cattivi noi, che abbiamo fatto un certo percorso o una persona della società civile che dice “buttate le chiavi delle celle degli ergastolani”. C’è però da capirli, perché sono persone ignoranti nella materia come io ero ignorante; hanno poco confronto con il carcerato e hanno vissuto con la paura durante il periodo del terrorismo e dello stragismo.

Noi vogliamo pagare ma se la società civile non capisce che sono una persona diversa e quando esco fuori mi annulla, cosa debbo fare? Allora penso che si debba avere un confronto.

Tante persone non sanno che in Italia esiste l’ergastolo ostativo, pensano che l’ergastolano dopo 10 anni esce dal carcere con l’ammissione ai benefici.

Voglio aggiungere che non so se siano più rieducate le persone che abbiano da subito collaborato con la giustizia e fatto pochi anni in carcere o se siamo più rieducati noi ergastolani “non collaboranti” che abbiamo fatto un reale percorso rieducativo durato anni, certificato dagli psicologi, studiando e confrontandoci con tanti ragazzi.

Noi ci sentiamo di aver fatto un percorso ma sappiamo che moriremo in galera.

Umberto Veronesi, noto studioso di Medicina, dice che la persona dopo anni cambia dal punto di vista celebrale. A 18 anni ero un’altra persona, ora ne ho 40 e dopo tutti questi anni di carcere è evidente che si cambia. Questi anni di galera mi

hanno fatto anche del bene, ma poi penso: a cosa mi serve? Non vedrò mai più la libertà. Dall'altra parte però abbiamo anche paura ad uscire, paura del giudizio delle persone, noi siamo gli ex ergastolani, e subiamo un altro giudizio. Ma voglio credere e voglio combattere per l'abolizione almeno dell'ergastolo ostativo.

Non solo dalla nostra intervista, ma anche da altre interviste e dai libri da loro spesso scritti emerge una prevedibile visione comune relativamente alla pena perpetua. Per quanto riguarda i motivi per cui i condannati all'ergastolo per reati ostativi non collaborano la situazione è più eterogenea e varia da caso a caso.

Costoro chiamano l'ergastolo ostativo “pena di morte viva” poiché ritengono che una pena perpetua senza possibilità di usufruire di benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione sia equivalente alla pena capitale solo che più dolorosa. Dalle parole di Carmelo Musumeci, ergastolano non collaborante in regime di art. 4-*bis* ord. penit. che si è fatto portatore della lotta per l'abolizione dell'ergastolo e dell'art. 4-*bis* ord. penit., emerge chiaramente la paura di non poter mai più uscire dal carcere: “la pena di morte viva è una pena di morte al rallentatore che ti ammazza lasciandoti vivo, tutti i giorni sempre un po' di più. In Italia ci sono giovani ergastolani ostativi che al momento del loro arresto erano adolescenti, che invecchieranno e moriranno in carcere”¹²³.

Nel 2007, 310 ergastolani ostativi hanno firmato e inviato una lettera al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano chiedendo che la loro pena fosse

¹²³ C. MUSUMECI, *Ergastolo ostativo, la “pena di morte viva”* in www.carmelomusumeci.com; Per approfondire la situazione carceraria degli ergastolani ostativi si rinvia a C. MUSUMECI, *L'urlo di un uomo ombra*, Smasher, 2013.

tramutata in pena di morte, preferendo morire che vivere una tortura giorno dopo giorno¹²⁴.

I motivi per cui gli ergastolani condannati per reati associativi non collaborano con la giustizia sono molteplici e variano a seconda delle esigenze e personalità di ognuno. Il motivo principale di non collaborazione è il pericolo di ritorsioni sulla propria famiglia. Come abbiamo già sottolineato questo problema potrebbe essere quasi eliminato in presenza di un sicuro programma di protezione dei collaboratori di giustizia. Un'altra motivazione messa in luce dagli ergastolani riguarda la loro volontà di non coinvolgere persone, concorrenti nei reati per i quali sono stati condannati, con le quali c'è stato un forte vincolo di amicizia. Poi oltre a queste motivazioni, ci sono casi in cui gli ergastolani ostativi ritengono di essere vittima di un errore giudiziario per cui sono impossibilitati a collaborare e si vedono naturalmente respingere ogni richiesta di usufruire di benefici penitenziari¹²⁵.

Cosa chiedono gli ergastolani ostativi? Chiedono che venga abolito l'art. 22 c.p. e in subordine l'art. 4-bis ord. penit. poiché l'ergastolo ostativo viene considerato incostituzionale sotto il profilo dell'art. 3 Cost riguardante la parità di trattamento tra i detenuti e sotto il profilo dell'art. 27 co. 3 Cost poiché pena inumana e contraria al principio rieducativo.

5.6. Una proposta per superare l'ergastolo ostativo. La Commissione Palazzo.

¹²⁴ Per la lettura completa della lettera al Presidente della Repubblica si rinvia all'indirizzo web: <http://www.repubblica.it/2007/05/sezioni/cronaca/ergastolani-napolitano/ergastolani-napolitano/ergastolani-napolitano.html>.

¹²⁵ PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, op. cit., p. 130.

Nell'ottobre 2013 la Commissione ministeriale istituita per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, ha elaborato una proposta tesa alla revisione della preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari da parte dei soggetti autori di reati di cui all'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit. per il solo fatto della loro mancata collaborazione ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit.¹²⁶.

La proposta interviene sul comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. penit. che, ricordiamo prevede le ipotesi in cui può venire meno il divieto di accesso al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alle misure alternative diverse dalla liberazione anticipata con riguardo ai detenuti per i reati previsti dal comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. i quali non collaborino con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit.

Il testo della proposta, formulato in un unico articolo, è il seguente: “1. Al termine del comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, è aggiunto il seguente periodo: «e altresì nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati». (2. Nel comma 1, secondo periodo, dell'art. 2 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni in legge 12 luglio 1991, n. 203, le parole «commi 2 e 3» sono sostituite con le parole «commi 1-*bis*, 2 e 3»”.

Viene dunque proposto di aggiungere alle ipotesi contemplate dal comma 1-*bis* quella per cui i benefici penitenziari possono essere concessi anche quando la

¹²⁶Cfr. *Proposta di modifica dell'art. 4-bis, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354, Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio, Relazione, op. cit.*

mancata collaborazione non fa venire meno il sussistere dei requisiti, diversi dalla stessa collaborazione, che di quei benefici permettono la concessione ai sensi dell'ordinamento penitenziario. Tuttavia rimane sempre fermo il requisito che siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

La proposta della Commissione Palazzo non ha intenzione di abrogare il requisito della collaborazione di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., bensì intende eliminare il sussistere di casi in cui tale disposizione risulti insuperabile. Ipotesi che manifesta tutta la sua drammaticità in caso di condanna all'ergastolo, precludendo al non collaborante qualsiasi possibilità di affrancamento dalla detenzione o anche solo di uscita temporanea dal carcere, salva l'ipotesi di permesso di necessità *ex art.* 30 ord. penit. (cfr. *supra*, par. 5.1).

La proposta mira a trasformare l'attuale disciplina della mancata collaborazione da *presunzione assoluta* di insussistenza dei requisiti che consentono l'accesso del detenuto ai benefici penitenziari a *presunzione relativa* e in quanto tale superabile, con adeguata motivazione, dal magistrato di sorveglianza¹²⁷.

¹²⁷ Cfr. *Proposta di modifica dell'art. 4-bis, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354, Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio, Relazione, op. cit.*; F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali, op. cit.* “la proposta di revisione della preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari da parte dei soggetti autori di reati di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, dell'ord. penit. per il solo fatto della loro mancata “collaborazione” (ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit.). Considerato che le ragioni personali della mancata collaborazione possono anche non essere espressione di mancata rieducazione e considerato, altresì, che tale preclusione rende l'ergastolo una detenzione ineluttabilmente perpetua (c.d. ergastolo ostativo), vi sono buone ragioni di ordine costituzionale, anche sotto il profilo della compatibilità con la giurisprudenza di Strasburgo, per rivedere la disposizione in questione. La proposta della Commissione, senza prevederne l'abrogazione secca, mirava a trasformare l'attuale presunzione di non rieducatività in assenza di collaborazione da assoluta in relativa”.

Si vuole riconoscere che le motivazioni suscettibili di indurre il detenuto a non compiere la scelta collaborativa possono non coincidere con il desiderio o la necessità di rimanere legato al gruppo criminale di appartenenza, ma derivare da altre considerazioni (cfr. *supra*, par. 5.4.1)¹²⁸. Conclusione che vale a maggior ragione nell'ipotesi in cui il sodalizio di cui faceva parte il detenuto non esiste più o abbia assunto delle connotazioni incompatibili con le precedenti gerarchie.

Superando così quell'interpretazione della collaborazione come unico criterio di valutazione per il sicuro ravvedimento del reo data dalla Corte costituzionale¹²⁹, si mira a rendere pienamente compatibile l'art. 4-*bis* ord. penit. con il principio rieducativo che impone un reale ravvedimento del soggetto condannato frutto di un processo interiore di revisione critica del passato¹³⁰.

La Relazione alla proposta mette in evidenza come possano assumere rilievo in tal senso un complesso di comportamenti, pur non collaborativi, che dimostrino il distacco del condannato dalle associazioni criminali come ad esempio la dissociazione esplicita, prese di posizione pubbliche, adesione a modelli di legalità, interesse per le vittime dei reati e dei loro familiari, radicamento del nucleo familiare in un differente contesto territoriale.

¹²⁸ Cfr. *Proposta di modifica dell'art. 4-bis, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354, Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio, Relazione, op. cit.*

¹²⁹ Corte cost. 24 aprile 2003, n. 135.

¹³⁰ Cfr. *Proposta di modifica dell'art. 4-bis, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354, Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio, Relazione, op. cit.*: "Appare del tutto razionale restituire al Tribunale di Sorveglianza la possibilità di valutare se esistano elementi specifici che depongano nel senso di un positivo percorso rieducativo del condannato di cui si discute, tale da consentire – con specifica motivazione – l'accesso ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale nonostante l'assenza di una collaborazione resa ai sensi dell'art. 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354".

A sostegno della proposta formulata, così come la stessa Relazione di accompagnamento ricorda, sussistono una serie di motivazioni giuridiche ulteriori.

Innanzitutto, il diritto di non collaborare è garantito in sede processuale dal principio *nemo tenetur se detegere*. La collaborazione rileva solo come scelta personale del soggetto interessato con effetti premiali. Questa regola processuale sembra rimanere estranea ai reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., e nella fase di esecuzione penale sembra vigente il brocardo *carceratus tenetur alios detegere* attribuendosi in tal modo alla pena una funzione di incentivo alla collaborazione processuale che esorbita dalla finalità rieducativa della pena costituzionalmente imposta¹³¹. Il diritto al silenzio garantito in fase processuale per tali delitti si tramuta nella fase di esecuzione della pena in un onere di collaborare¹³².

La condizione necessaria della collaborazione fa dipendere da un elemento successivo alla stessa sentenza di condanna l'applicazione di un regime penitenziario differenziato e più gravoso rispetto a quello ordinario di esecuzione della pena. Dopo la sentenza di condanna, per l'applicazione dei benefici e delle altre misure alternative, ciò che dovrebbe avere rilievo principale è la partecipazione del condannato all'opera di risocializzazione. L'art. 4-*bis* ord. penit. attribuisce un "rilievo in *malam partem* alla condotta successiva alla condanna, tale da precludere qualsiasi incidenza favorevole del percorso risocializzativo eventualmente

¹³¹ Cfr. L. FILIPPI, *La novella penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere Penali e una controriforma che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea* in *Cass. pen.*, 2003, p. 24 ss; L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2012, p. 218 ss.

¹³² L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, *op. cit.*, p. 238.

compiuto”¹³³. Anche considerando l’art. 133 co. 2 c.p. che ricomprende tra i parametri di commisurazione della pena la capacità a delinquere, non è possibile attribuire rilievo a condotte del soggetto interessato che non abbiano avuto incidenza nel fatto commesso, altrimenti risulterebbe violato il principio di colpevolezza. La capacità a delinquere va accertata con riferimento al momento del fatto per valutare la pericolosità del soggetto che ha compiuto un determinato reato. Per questi motivi, condotte posteriori al fatto dovrebbero non dovrebbero essere indicative di una maggiore propensione a delinquere al momento del fatto¹³⁴.

Un ulteriore profilo problematico è rintracciabile nella presunta irragionevole contraddittorietà della disciplina in esame con la scelta del legislatore di abrogare nel 1986 l’art. 204 c.p. riguardante le ipotesi di pericolosità presunta¹³⁵. Considerazione opportuna poiché sussiste un parallelismo sostanziale tra il presumere la non avvenuta rieducazione dell’ergastolano in assenza di collaborazione e il presumere la sua permanente pericolosità sociale¹³⁶.

Per ultimo, ma non per importanza, va rilevato come in forza dell’art. 4-bis ord. penit. sia richiesta la condotta collaborativa non per far conseguire un vantaggio all’autore del reato ma per evitare un danno aggiuntivo (preclusione all’accesso ai benefici previsti nella fase esecutiva). La collaborazione perde così la sua connotazione storica di condotta premiale che permette di ricevere sconti di pena o

¹³³ Cfr. L. EUSEBI, *L’ergastolano «non collaborante»*, op. cit., p. 1221.

¹³⁴ S. POSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, p. 254 ss.

¹³⁵ Art. 31, l. 663/1986.

¹³⁶ Cfr. *Proposta di modifica dell’art. 4-bis, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354, Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio, Relazione*, p. 2 consultabile in www.penalcontemporaneo.it.

vantaggi penitenziari, assurgendo a condizione necessaria per evitare una *capitis deminutio* consistente nell'impossibilità di accedere ad ogni beneficio penitenziario.

Nonostante questa serie di critiche all'art. 4-*bis* ord. penit la riforma proposta dalla Commissione Palazzo non ha avuto seguito¹³⁷ per via delle dimissioni dell'esecutivo nel febbraio 2014 pur essendo, a nostro parere, la soluzione ottimale per ricondurre la figura dell'ergastolo ostativo entro i binari segnati dalla Carta costituzionale.

5.7. Ergastolo ostativo e Ordinamento Penitenziario: una proposta *de iure condendo*.

Per completare il quadro di riferimento dei rapporti tra pena dell'ergastolo e la disciplina dell'ordinamento penitenziario si dà conto della recentissima proposta avanzata dal Governo.

Il 23 dicembre 2014 il Governo ha presentato alla Camera dei Deputati un articolato pacchetto di riforme¹³⁸ riguardanti il codice penale, il codice di procedura penale e la legge sull'ordinamento penitenziario¹³⁹.

¹³⁷ Tuttavia alcune proposte avanzate dalla Commissione, sono state trasfuse, anche se modificate, nella legge delega 67/2014.

¹³⁸ Cfr. L. MATARRESE – S. ZIRULIA, *Il governo presenta alla Camera un articolato pacchetto di riforme del codice penale, del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario*.

¹³⁹ d.d.l. n. 2798/2014 recante «*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto al fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*».

La proposta è frutto del lavoro svolto dalla Commissione ministeriale di studio sulle possibili riforme del codice di procedura penale¹⁴⁰ e dai gruppi ministeriali per lo studio di una proposta di revisione del sistema penale in materia di prescrizione del reato e depenalizzazione¹⁴¹.

Ai fini del nostro lavoro la parte interessante del testo riguarda la riforma dell'ordinamento penitenziario. L'art. 24 del d.d.l. prevede infatti una delega al Governo ad adottare, entro un anno dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi, secondo i criteri indicati dall'art. 26.

L'art. 26 lett. c) prevede testualmente *“l'eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo”*.

L'articolo in esame sembrerebbe far riferimento all'ergastolo ostativo. Dunque il maggior indiziato per una probabile futura riforma rimane l'art. 4-*bis* ord. penit. e di riflesso l'art. 58-*ter* ord. penit., uniche norme che hanno una funzione significativa in merito alla preclusione dei benefici penitenziari per i condannati all'ergastolo.

Ragionevolmente ed auspicabilmente, ci si può aspettare che un'eventuale modifica dell'art. 4-*bis* ord. penit. sarà apportata nella direzione già percorsa dalla proposta della Commissione Palazzo.

¹⁴⁰ Presieduta dal Dott. Giovanni Canzio, Presidente della Corte d'Appello di Milano.

¹⁴¹ Gruppi di lavoro presieduti dal Prof. Antonio Fiorella.

CAPITOLO IV

ERGASTOLO SENZA LIBERAZIONE CONDIZIONALE: LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

SOMMARIO: 1. L'ergastolo senza liberazione condizionale: una questione sovranazionale. – 2. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. – 2.1. Rango e vincolatività della CEDU in Italia. – 3. La giurisprudenza della Corte Edu in materia di ergastolo senza liberazione condizionale. – 3.1. Il *leading case*: la sentenza *Kafkaris c. Cipro*. – 3.2. La sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito*: un primo passo verso una diversa sensibilità. – 3.3 *Vinter e altri c. Regno Unito*: il *revirement* della Grande Camera. – 3.3.1. Il *diritto alla speranza*: la *concurring opinion* del giudice Power-Forde. – 3.4. La conferma del nuovo orientamento nella sentenza *Öcalan c. Turchia*. – 4. L'applicazione di questi principi alle procedure di estradizione. – 4.1. Estradizione e pena dell'ergastolo senza liberazione condizionale: la sentenza *Harkins e Edwards c. Regno Unito*. – 4.2. Un nuovo atteggiamento in materia di estradizione dopo la sentenza *Vinter* della Grande Camera. La sentenza *Trabelsi c. Belgio*.

1. L'ergastolo senza liberazione condizionale: una questione sovranazionale.

Nel capitolo precedente abbiamo analizzato il fenomeno del c.d. *ergastolo ostativo* nell'ordinamento italiano che riguarda il divieto di concessione dei benefici penitenziari e, in particolare, della liberazione condizionale nei confronti dei condannati all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. che non collaborino con la giustizia.

Benché in ambito sovranazionale non esista una disciplina del tutto sovrapponibile a quella del nostro “ergastolo ostativo”, trattandosi evidentemente di una disciplina che risponde ad una specificità italiana, deve tuttavia osservarsi che

esiste comunque una problematica analoga, in relazione a casi di ergastolo per detenuti in vario modo considerati ‘pericolosi’, ai quali sia vietato l’accesso a misure simili alla liberazione condizionale e che siano pertanto sottoposti ad una detenzione realmente perpetua¹. Per questa ragione è nostro interesse volgere lo sguardo alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che, indagando sulle presunte violazioni della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, ha fornito importanti indicazioni in merito alla previsione di meccanismi che consentano *de jure* o *de facto* la liberazione anticipata del condannato^{2 3} (per liberazione anticipata, in questo contesto, non si vuole far riferimento all’istituto di cui all’art. 54 ord. penit. ma solamente a meccanismi di rilascio anticipato).

In particolare l’attenzione della Corte Edu si è concentrata sulla violazione dell’art. 3 CEDU, che prevede il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti. L’attenzione della Corte si è sviluppata verso due direttrici: in primo luogo sulla violazione dell’art. 3 CEDU nel caso in cui la condanna all’ergastolo non sia accompagnata dalla possibilità della liberazione anticipata o condizionale⁴; in secondo luogo sulla legittimità convenzionale dell’extradizione⁵ di soggetti che nello

¹ R. CASIRAGHI – S. ZIRULIA, *Monitoraggio Corte Edu marzo 2014, b) art. 3 CEDU*.

² Cfr. C. PARODI, *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e art. 3 CEDU*, in *www.penalecontemporaneo.it*, novembre 2014.

³ In merito si è parlato “diritto alla speranza”: cfr. A. BALSAMO - L. TRIZZINO, *La Corte Europea, l’ergastolo e il “diritto alla speranza”*, in *Cass. pen.*, n. 12/2013, p. 4672 ss.

⁴ A. SCARCELLA, *“Fine pena mai”: viola la CEDU*, in *Cass. pen.*, n. 12/2013, p. 4662.

⁵ Cfr. Corte Edu, Sez. IV, 17 gennaio 2012, *Harkins e Edwards c. Regno Unito*.

Stato richiedente potrebbero essere sottoposti a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU con particolare riferimento all'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata⁶

Le conclusioni cui arriva la Corte Edu, dopo un percorso durato anni e tuttora in evoluzione, sono fondamentali per accertare la compatibilità dell'ergastolo ostativo in Italia con le prescrizioni convenzionali che impongono l'umanità della pena e del trattamento penitenziario.

Alla luce dell'esame della giurisprudenza della Corte Edu in materia, il nostro obiettivo sarà quello di verificare se l'inesistenza di un meccanismo di revisione della situazione penitenziaria dell'ergastolano non collaborante condannato per un reato di prima fascia si pone in contrasto con la CEDU così come interpretata dalla vincolante giurisprudenza della Corte Edu.

2. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Prima di addentrarci nella complessa giurisprudenza della Corte Edu, è doveroso fare qualche breve cenno preliminare alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi CEDU). La CEDU è un trattato internazionale stipulato all'interno del Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale che ha come primarie finalità la promozione della democrazia e dei diritti umani.

La Convenzione è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 da 12 Stati⁷ ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953. Ad essa si aggiungono 14 protocolli che ne

⁶ Cfr. F. VIGANO', *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷ I primi stati firmatari sono: Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia.

hanno modificato e ampliato il contenuto. Attualmente, gli stati firmatari sono 47 di cui 28 membri dell'Unione Europea.

Per quanto riguarda in particolare l'Italia, la l. 848/1955 ha ratificato la Convenzione⁸.

La Convenzione vincola gli Stati contraenti in virtù dell'art. 1, che prescrive l'obbligo degli stessi di rispettare i diritti dell'uomo⁹.

La CEDU offre non solo agli Stati, ma anche ai singoli individui, la possibilità, una volta esperite tutte le vie di ricorso interno, di presentare istanza alla Corte Edu, organo giurisdizionale che accerta la violazione di uno o più diritti sanciti dalla Convenzione e ne ordina la rimozione direttamente agli Stati firmatari¹⁰.

2.1. Rango e vincolatività della CEDU in Italia.

Il rango delle norme della CEDU nell'ordinamento italiana ha rappresentato per lungo tempo l'aspetto più controverso concernente il valore della stessa Convenzione in Italia.

Il problema è stato risolto dalle sentenze 348 e 349 del 2007 (più note come

⁸ L. 848/1955.

⁹ Gli stati che aderiscono alla CEDU sono: Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia, Germania, Austria, Cipro, Svizzera, Malta, Portogallo, Spagna, Lichtenstein, San Marino, Finlandia, Ungheria, Polonia, Bulgaria, Slovenia, Lituania, Estonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Romania, Andorra, Lettonia, Albania, Moldavia, Macedonia, Ucraina, Russia, Croazia, Georgia, Armenia, Azerbaigian, Bosnia Erzegovina, Serbia, Monaco, Montenegro.

¹⁰ Si rinvia a S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Assago, 2012.

sentenze gemelle)¹¹ le quali hanno stabilito che una legge ordinaria incompatibile con una norma CEDU viola l'art. 117 co. 1 Cost. ed è dunque incostituzionale.

L'art. 117 co. 1 Cost., infatti, così come novellato dalla legge costituzionale 3/2001, dispone che *“la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*.

La Corte costituzionale, con le sentenze 348 e 349 del 2007 ha in sostanza affermato che l'art. 117 co. 1 Cost., pur non conferendo alle disposizioni della Convenzione un rango costituzionale, impone al legislatore ordinario il limite del rispetto degli obblighi internazionali convenzionali.

L'art. 117 Cost. è un esempio di rinvio mobile ad una fonte¹², in quanto operato dalle norme CEDU che fungono da norme interposte. Esse, nella gerarchia delle fonti, si trovano tra la legge ordinaria e la Costituzione in quanto dotate di una maggiore forza di resistenza rispetto alle leggi ordinarie ma comunque gerarchicamente inferiori alle norme costituzionali.

Il dibattito sul rango della CEDU è tornato di attualità successivamente alla ratifica del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato con la l. 130/2008 ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009. Il Trattato in questione ha modificato il Trattato

¹¹ Per un'analisi approfondita cfr. I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Politica del diritto*, 2010, p. 41 ss. e in www.associazionedeicostituzionalisti.it ; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Osservatorio sulle fonti*.

¹² S. NOVELLI, *Fonti nel diritto nazionale ed europeo a confronto nel dialogo tra le corti supreme*, in *Diritto e giurisprudenza*, n. 2/2012, p. 100.

sull'Unione Europea (TUE) e istituito il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). L'aspetto rilevante in questa sede è proprio la modifica dell'art. 6 del TUE. Infatti l'art. 6 dispone che: "L'Unione aderisce alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei Trattati" e che "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione Europea in quanto principi generali".

A seguito di tale modifica, ci si è posti il problema se la Convenzione sia stata in questo modo "comunitarizzata" assumendo lo stesso valore giuridico dei trattati, o se la CEDU continuerebbe a conservare la natura di norma interposta subcostituzionale¹³

Dalla prima ipotesi deriva la necessità di garantire il primato della CEDU sulle norme del diritto interno, alla stregua di ciò che avviene per il diritto dell'Unione Europea, attraverso il meccanismo della disapplicazione delle norme interne configgenti con le norme CEDU.

L'altra ipotesi contemplata è quella secondo cui il rango delle norme CEDU nell'ordinamento interno sarebbe rimasto il medesimo poiché, a differenza della Carta di Nizza alla quale è stato espressamente attribuito "lo stesso valore giuridico dei trattati", la medesima disposizione non è stata prevista per la CEDU, essendo stata prevista invece solo una mera "adesione".

Quest'ultima opinione è stata confermata dalla Corte costituzionale, con la

¹³ S. NOVELLI, *Fonti nel diritto nazionale ed europeo a confronto*, op. cit., p. 101.

sentenza 230/2012, nella quale la Consulta ha confermato che la CEDU è una fonte subcostituzionale, ma sovraordinata rispetto alla legge costituzionale¹⁴.

Concludendo il discorso sui rapporti tra CEDU e diritto interno, è da sottolineare come la Corte costituzionale, nella sentenza 348/2007, affermi l'esigenza assoluta e inderogabile che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione "per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma subcostituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione"¹⁵.

Ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla norma interposta. Nell'ipotesi in cui la norma interposta risulti in contrasto con la Costituzione, la Corte costituzionale ha il "dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano"¹⁶. La Corte costituzionale afferma che la norma interposta vada espunta dall'ordinamento, senza tuttavia indicare le modalità di raggiungimento del risultato.

L'operazione suddetta dovrebbe consistere nella dichiarazione di incostituzionalità della legge italiana di esecuzione della CEDU, nella misura in cui

¹⁴ Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230. Per un commento si veda A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tessi e sfilati la tela dei suoi rapporti con la Corte Edu, con significativi richiami a tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale* ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012, in *Consulta online*, sez. *Studi e commenti*, 2012, consultabile sul sito www.giurcost.org).

¹⁵ Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348.

¹⁶ *Ibidem*

determina l'ingresso della disposizione in questione nel nostro ordinamento¹⁷.

3. La giurisprudenza della Corte Edu in materia di ergastolo senza liberazione condizionale.

3.1. Il *leading case*: la sentenza *Kafkaris c. Cipro*.

Dopo aver analizzato brevemente in che contesto si collocano le norme convenzionali, vediamo ora le principali sentenze in materia di ergastolo senza possibilità di accedere alla liberazione condizionale.

Nel 2008, con la sentenza *Kafkaris c. Cipro*, la Grande Camera si è occupata della compatibilità della pena dell'ergastolo con l'art. 3 CEDU. Importante *leading case* in materia che scaturisce dal ricorso di un cittadino cipriota giudicato responsabile di omicidio premeditato, reato che secondo il codice penale cipriota deve essere obbligatoriamente punito con la pena dell'ergastolo.

Secondo quanto si evince dalla sentenza, la disciplina penitenziaria in vigore all'epoca della condanna prevedeva che la pena dell'ergastolo equivalesse ad una reclusione effettivamente perpetua, senza la possibilità per l'ergastolano di accedere a forme di liberazione anticipata o condizionale salva la possibilità di beneficiare di un provvedimento di grazia rilasciato discrezionalmente dal Presidente della Repubblica.

¹⁷ U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, Bari, n. 1/2008, p. 23 ss.

La Corte Edu, richiamando la sua costante giurisprudenza¹⁸, riafferma l'orientamento per cui la pena dell'ergastolo non è di per sé incompatibile con le disposizioni convenzionali, e in particolare con l'art. 3 CEDU. Allo stesso tempo tuttavia, aggiunge che laddove non esista una prospettiva di liberazione anticipata, l'inflizione dell'ergastolo può creare un'incompatibilità con lo stesso art. 3 CEDU¹⁹.

A *contrario*, possiamo dunque desumere che qualora sussista per il condannato all'ergastolo il diritto a una verifica periodica della perdurante necessità di detenzione, non vi sia nessuna violazione dell'art. 3 CEDU²⁰.

Inoltre, la Corte afferma la compatibilità delle legislazioni in materia di ergastolo con la CEDU quando, anche in assenza di un termine minimo e di una procedura giurisdizionale per ottenere una liberazione anticipata, sussista per il condannato una possibilità, *de iure* o *de facto*, di essere rimesso in libertà.

La Corte precisa che la Convenzione non conferisce un generale diritto alla liberazione condizionale né a una revisione della pena per effetto di un provvedimento di un'autorità nazionale.

La sola esistenza di un meccanismo che consenta di prendere in considerazione la possibilità di un rilascio anticipato è un fattore di cui si deve tenere conto al fine di valutare nel singolo caso la compatibilità della pena dell'ergastolo con l'art. 3 CEDU (“*the existence of a system providing for consideration of the*

¹⁸ In particolare: Corte Edu, 6 maggio 1978, *Kotälla c. Paesi Bassi*.

¹⁹ Corte Edu, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*: § 97 “At the same time, however, the Court has also held that the imposition of an irreducible life sentence on an adult may raise an issue under Article 3 (see, *inter alia*, *Nivette v. France* (dec.), no. 44190/98, ECHR 2001-VII; *Einhorn*, cited above; *Stanford v. the United Kingdom* (dec.), no. 73299/01, 12 December 2002; and *Wynne v. the United Kingdom* (dec.), no. 67385/01, 22 May 2003)”.

²⁰ Cfr. F. VIGANO', *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU*, *op. cit.*, p. 3.

possibility of release is a factor to be taken into account when assessing the compatibility of a particular life sentence with Article 3”²¹.

Dopo aver fatto queste affermazioni di principio, la Grande Camera però, seppur con una ristretta maggioranza (dieci voti contro sette), non ravvisò, nel caso specifico, la violazione dell’art. 3 CEDU poiché ritenne che la possibilità di grazia da parte del Presidente della Repubblica cipriota su proposta del Procuratore generale fosse sufficiente per riconoscere la concreta possibilità per il condannato di essere rilasciato anticipatamente.

A margine di questa sofferta sentenza, non mancarono le numerose critiche di alcuni giudici dissenzienti.

Infatti le *dissenting opinion* allegate alla sentenza in esame evidenziano come sia problematica l’affermazione della maggioranza secondo cui il condannato, nel caso affrontato, avesse concrete possibilità *de facto* di non dover trascorrere tutta la propria vita in carcere. Questo per tre ragioni: la natura discrezionale del provvedimento di grazia del Presidente della Repubblica cipriota, la completa

²¹ L’esistenza di un sistema che prenda in considerazione la possibilità di rilascio è un fattore da tenere in considerazione nel valutare la compatibilità di una condanna particolare all’ergastolo con l’art. 3”; Corte Edu, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*: § 99 “*Consequently, although the Convention does not confer, in general, a right to release on licence or a right to have a sentence reconsidered by a national authority, judicial or administrative, with a view to its remission or termination (see, inter alia, Kotälla, and Bamber, both cited above; and Treholt v. Norway, no. 14610/89, Commission decision of 9 July 1991, DR 71, p. 168), it is clear from the relevant case-law that the existence of a system providing for consideration of the possibility of release is a factor to be taken into account when assessing the compatibility of a particular life sentence with Article 3. In this context, however, it should be observed that a State’s choice of a specific criminal-justice system, including sentence review and release arrangements, is in principle outside the scope of the supervision the Court carries out at European level, provided that the system chosen does not contravene the principles set forth in the Convention (see, mutatis mutandis, Achour v. France [GC], no. 67335/01, § 51, ECHR 2006-IV)*”.

assenza di garanzie procedurali contro l'uso arbitrario della sua prerogativa, e il dato statistico dell'esigua applicazione della grazia presidenziale nell'ordinamento cipriota²². Per i giudici dissenzienti la pena, anche nel caso dell'ergastolo, dovrebbe sempre mirare al reinserimento sociale dei condannati e questo principio, se pur privo di un ancoraggio testuale nella CEDU, avrebbe dovuto essere riconosciuto dalla Corte dichiarando l'incompatibilità con l'art. 3 CEDU dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale.

In maniera conforme alle conclusioni a cui è giunta la Corte Edu troviamo la *concurring opinion* del giudice Nicolas Bratza.

Il giudice britannico, concordando pienamente con la decisione della maggioranza, ritenne opportuno precisare alcuni aspetti della vicenda. In particolare ricorda come la Corte, in linea di principio, dovrebbe sempre affermare l'incompatibilità con l'art. 3 CEDU della condanna all'ergastolo senza possibilità di rilascio anticipato.

Nel caso di specie, secondo il giudice concorrente, il ricorrente aveva una prospettiva o una speranza di liberazione poiché l'ordinamento cipriota prevede la possibilità per il Presidente della Repubblica di concedere la liberazione condizionale. Continua la *concurring opinion* sottolineando come l'ergastolo non è "irriducibile" solo perché le possibilità di rilascio sono limitate ricordando un costante orientamento della Corte Edu. Secondo tale giudice, il carattere discrezionale del provvedimento di grazia e l'assenza di garanzia circa l'effettuazione di una revisione periodica del giudizio, non sarebbero quindi

²² Cfr. F. VIGANO', *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU*, op. cit., p. 3.

sufficienti per considerare il ricorrente come un prigioniero a vita senza una prospettiva di rilascio²³.

Il principio espresso in questa sentenza non è cristallino poiché l'esistenza o meno di una possibilità di liberazione anticipata è indicato non quale criterio determinante per stabilire se sussista o no la violazione convenzionale, ma semplicemente come un fattore che deve essere tenuto in conto dalla Corte²⁴.

La Corte in questo caso adotta un'interpretazione molto restrittiva del principio enucleato dall'art. 3 CEDU, poiché la possibilità remota di un rilascio anticipato viene considerata conforme alla Convenzione e non è richiesto necessariamente un meccanismo di revisione della situazione dell'ergastolano.

²³ Corte Edu, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*. Si riporta un estratto della concurring opinion del giudice Nicolas Bratza: *“As is observed in the Court’s judgment, a life sentence is not “irreducible” merely because the possibility of early release is limited nor because, in practice, the sentence may be served in full.*

In the present case, in common with the majority of the Court, I am unable to conclude that the applicant had no “prospect” or “hope” of release, having regard to the statutory powers which currently exist in Cyprus (and which are set out in the judgment) to suspend, remit or commute a life sentence and to grant conditional release.

It is true that the exercise of these powers, including the power conditionally to release a life prisoner under the Prison Law of 1996 as amended, is within the discretion of the President of the Republic, on the recommendation or with the agreement of the Attorney General, and that the exercise of the discretion is not currently subject to review by a judicial or other independent body. It is also true that there exist no procedural safeguards governing the exercise of the discretion: in particular, the discretion is not exercised according to any published criteria and there is no requirement to publish the opinion of the Attorney-General or to give reasons for the refusal of an application for early release.

However, I do not consider that the absence of such independent review or procedural safeguards can be said to rob the applicant, as a life prisoner, of any “hope” or “prospect” of release, as those terms have been previously interpreted and applied by the Court”.

²⁴ Cfr. A. BALSAMO – L. TRIZZINO, *La Corte Europea, l'ergastolo e il “diritto alla speranza”*, in *Cass. pen.*, 12/2013, p. 4678.

3.2. La sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito*: un primo passo verso una diversa sensibilità.

Successivamente la Corte Edu, in relazione alla compatibilità dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale con l'art. 3 CEDU, prende in esame il caso *Vinter e altri c. Regno Unito*.

Esso viene trattato, con soluzioni e considerazioni differenti, in due diversi gradi di giudizio: il 17 gennaio 2012 viene emessa la sentenza dalla Quarta sezione della Corte Edu e, a seguito del ricorso dei soccombenti, il 9 luglio 2013 ha modo di esprimere il proprio giudizio la Grande Camera.

La Quarta sezione della Corte di Strasburgo ha l'opportunità, per la prima volta, di applicare i principi enunciati in *Kafkaris* con riferimento all'ordinamento britannico.

Successivamente all'abolizione della pena di morte avvenuta nel 1965²⁵, l'ordinamento inglese prevede che l'omicidio (*murder*) venga punito obbligatoriamente con la pena dell'ergastolo (*mandatory sentence of life imprisonment*).

Il *Criminal Justice Act* del 2003 stabilisce che, nell'infliggere tale pena, i giudici sono tenuti a fissare un periodo minimo di carcerazione (*minimum term of imprisonment*)²⁶ in funzione della gravità del reato commesso, trascorso il quale il *Parole Board* - organo indipendente dal potere esecutivo e operante tramite le

²⁵ Cfr. www.opsi.gov.uk.

²⁶ Cfr. A. SCARCELLA, "Fine pena mai": viola la CEDU, in *Cass. pen.*, n. 12/2013, p. 4662.

garanzie di un organo giurisdizionale - potrà valutare la sussistenza delle condizioni per un rilascio anticipato del condannato.

Tuttavia, nei casi più gravi indicati in modo puntuale dalla legge (omicidio premeditato di due o più persone, omicidio conseguente a un sequestro o accompagnato da abuso sessuale e omicidio di matrice terroristica), il giudice può infliggere la pena dell'ergastolo "effettivo". Si tratta di una pena da scontare durante tutta la della vita del condannato, tramite il c.d. *whole life order*.

Il condannato che deve effettivamente scontare la pena per tutta la durata della vita può essere scarcerato soltanto in virtù del potere discrezionale conferito al Segretario di Stato in presenza di condizioni eccezionali quali, ad esempio, le gravissime condizioni di salute del condannato, sempre però che sussista comunque il requisito dell'assenza di pericolosità sociale.

La Corte Edu nella parte in fatto della sentenza *Vinter* cita un dato statistico fornito dallo stesso Governo britannico per il quale, nel 2011, in nessuno dei quarantuno casi nei quali era stato disposto il *whole life order* e in nessun caso il Segretario di Stato aveva disposto il rilascio anticipato degli ergastolani²⁷.

Fatte queste doverose premesse sulla legislazione britannica in materia di ergastolo andiamo a vedere il contenuto della sentenza *Vinter* e le conclusioni a cui arriva la Corte.

²⁷ Secondo il Governo, al 28 aprile 2011, 4900 detenuti scontavano in Inghilterra e nel Galles la pena dell'ergastolo obbligatorio per omicidio. Nei confronti di quarantuno di loro sarebbe stata emessa una ordinanza di ergastolo effettivo. Dal 2000 non sarebbe stato liberato per motivi umanitari nessun detenuto condannato all'ergastolo effettivo. In risposta a una domanda formulata dal primo ricorrente, il Ministro della Giustizia ha comunicato che, al 30 novembre 2009, erano state liberate per tali motivi tredici persone condannate alla pena dell'ergastolo, ma non all'ergastolo effettivo.

La sentenza prende in esame tre ricorsi di altrettanti condannati all'ergastolo²⁸ con *whole life order* riguardanti una presunta violazione dell'art. 3 CEDU. Con una maggioranza di quattro giudici su sette la Quarta sezione della Corte Edu esclude la violazione seguendo le argomentazioni avanzate dai giudici inglese della *Court of Appeal* e della *House of Lords*.

La Corte Edu per verificare la legittimità dell'ergastolo corredato da *whole life order* distingue due momenti: la fase dell'*inflizione* e la fase *esecutiva*.

Per quanto riguarda la fase dell'*inflizione*, la Corte fa proprio il principio già enunciato dalla *House of Lords* nel caso *Wellington*²⁹. In quel caso, la Corte britannica aveva stabilito che la pena senza possibilità di liberazione anticipata non viola di per sé l'art. 3 CEDU, sempre che tale pena non sia gravemente o manifestamente sproporzionata (*grossly or clearly disproportionate*) rispetto alla gravità del fatto. Il criterio della "grave o manifesta sproporzione" appare alla Corte Edu razionale, pur non trovando una base testuale nella Convenzione, per via dell'ampio consenso a livello internazionale essendo spesso utilizzato per valutare se una determinata pena sia inumana o degradante³⁰.

La Corte conclude che nei tre casi a lei sottoposti, nessuno dei ricorrenti aveva dimostrato che la pena dell'ergastolo corredata da *whole life order* loro inflitta fosse manifestamente sproporzionata in relazione ai gravissimi omicidi per i quali erano stati condannati.

²⁸ I tre ricorrenti (Vinter, Bamber, Moore) avevano commesso delitti di omicidio particolare gravità (il primo in danno della moglie, il secondo in pregiudizio della sorella adottiva e dei due giovani figli di quest'ultima, il terzo in danno di quattro persone omosessuali).

²⁹ *Wellington v. Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 72.

³⁰ Criterio utilizzato in maniera restrittiva da varie legislazioni internazionali: Namibia, Canada, Stati Uniti.

Ma il punto che più ci interessa riguarda il possibile contrasto con l'art. 3 CEDU nella fase esecutiva della pena. Anche in questo caso la Corte Edu aderisce ai principi enunciati dalla *Court of Appeal* britannica nel caso *Bieber*³¹.

Secondo la Corte Edu una violazione dell'art. 3 CEDU può essere ravvisata solo nel caso in cui il condannato dimostri in primo luogo che la protrazione della detenzione non sia più giustificata da alcuno dei legittimi scopi della pena come per esempio la retribuzione, la prevenzione generale in termini di deterrenza, la tutela della collettività o la risocializzazione.

In secondo luogo va dimostrato che non vi sia alcuna possibilità, *de iure* o *de facto* di liberazione anticipata³².

La Corte ritiene che i tre ricorrenti non siano riusciti a dimostrare, nel caso di specie, nemmeno la sussistenza della prima condizione³³.

Il primo ricorrente, infatti, al momento del ricorso era giunto solamente al terzo anno di detenzione per un omicidio di particolare crudeltà commesso mentre era in stato di liberazione condizionale dopo essere già stato condannato all'ergastolo per un precedente omicidio.

³¹ *R. v. Bieber* [2008] 1 WLR 223. In questa sentenza i giudici britannici escludono che la pena dell'ergastolo con *whole life order*

³² Corte Edu, Sez. IV, 17 gennaio 2012, *Vinter e altri c. Regno Unito*: § 92 “*Instead, the Court agrees with the Court of Appeal in Bieber and the House of Lords in Wellington that an Article 3 issue will only arise when it can be shown: (i) that the applicant’s continued imprisonment can no longer be justified on any legitimate penological grounds (such as punishment, deterrence, public protection or rehabilitation); and (ii) as the Grand Chamber stated in Kafkaris, cited above, the sentence is irreducible de facto and de iure*”.

³³ Cfr. Corte Edu, Sez. IV, 17 gennaio 2012, *Vinter e altri c. Regno Unito*: § 95 “*The Court considers that none of the applicants has demonstrated that their continued incarceration serves no legitimate penological purpose*”.

Il secondo e il terzo ricorrente avevano invece scontato rispettivamente ventisei e sedici anni e la loro posizione era stata recentemente rivalutata, secondo una disposizione transitoria contenuta nel *Criminal Justice Act* del 2003. In quell'occasione la *High Court* aveva stabilito che per la natura particolarmente odiosa dei delitti da essi commessi fosse effettivamente necessario il *whole life order* per il perdurare di necessità punitive e preventive.

Non essendo dunque stata comprovata la sussistenza del primo criterio³⁴ la Corte Edu ha escluso la violazione dell'art. 3 CEDU senza nemmeno passare ad esaminare l'ulteriore profilo delineato, quanto al fatto se l'ordinamento inglese offra realmente ai condannati destinatari di un *whole life order* un'opportunità almeno *de facto* di vedersi condonata la pena, almeno parzialmente³⁵.

A margine della sentenza si sottolineano le opinioni dei tre giudici dissenzienti³⁶, di fondamentale importanza per lo sviluppo della successiva giurisprudenza della Corte Edu in materia di ergastolo.

Essi, pur riconoscendo la conformità dell'ergastolo con l'art. 3 CEDU, così come affermato in *Kafkaris*, rilevano che la sola possibilità per il Segretario di Stato di concedere la liberazione anticipata del condannato per motivi umanitari non sia sufficiente al rispetto degli standard convenzionali. Tuttavia, sarebbe necessario un meccanismo di verifica giurisdizionale della perdurante necessità dell'esecuzione della pena una volta che il condannato abbia trascorso un certo numero di anni in

³⁴ Ricordiamo che la Corte afferma che il requisito della "sproporzione manifesta" è di difficile applicazione e riguarda solo situazioni eccezionali.

³⁵ D. FALCINELLI, *L'umanesimo della pena dell'ergastolo. Ideologia e tecnica del diritto dell'uomo ad una pena proporzionalmente rieducativa*, in www.federalismi.it, febbraio 2013.

³⁶ Lech Garlicki, David Thór Bjorgvinsson, George Nicolaou.

stato detentivo. Questa interpretazione permetterebbe di non privare il condannato della speranza di un rilascio anticipato.

Secondo i giudici dissenzienti prevedere possibilità teoriche o molto remote per poter accedere alla liberazione anticipata (come la presenza di malattie terminali gravissime), è un trattamento inumano e degradante contrario all'art. 3 CEDU configurandosi l'ergastolo come una pena detentiva effettivamente perpetua³⁷.

3.3. *Vinter e altri c. Regno Unito: il revirement della Grande Camera.*

Il 9 luglio 2013, la Grande Camera della Corte Edu, nel risolvere il caso *Vinter e altri c. Regno Unito*, ha affermato la violazione da parte del Regno Unito del divieto di trattamenti inumani o degradanti sancito dall'art. 3 CEDU.

La Corte ha accolto il ricorso presentato dai tre detenuti i quali si dolevano del fatto che la loro prigionia a vita era equiparabile ad un trattamento inumano, non avendo reali possibilità di liberazione³⁸.

Ribaltando il verdetto emesso dalla Quarta sezione della stessa Corte del 17 gennaio 2012, la Grande Camera (con una maggioranza di sedici giudici contro uno) ha affermato che l'ergastolo senza possibilità di revisione della pena è una violazione dei diritti umani, poiché l'impossibilità della scarcerazione integra un trattamento degradante e inumano contro il detenuto, condannato in via definitiva alla pena a vita.

³⁷ D. FALCINELLI, *L'umanesimo della pena dell'ergastolo*, op. cit.

³⁸ Ricordiamo che le possibilità di liberazione si riferivano alle sole ipotesi di malattie terminali.

Per la Corte Edu, una pena perpetua, per rimanere compatibile con l'art. 3 CEDU deve offrire sia una possibilità di liberazione che una possibilità di riesame³⁹. Essa sottolinea come le politiche criminali in Europa pongano l'accento sull'obiettivo del reinserimento sociale del detenuto, di vitale importanza per le pene detentive di lunga durata.

Tale principio è chiaramente espresso dalle norme europee in materia penitenziaria (*European prison rules*): in particolare la regola n. 6 dispone che il trattamento penitenziario deve essere volto a favorire il reinserimento nella società delle persone private della libertà⁴⁰; la regola 103 dispone che per i detenuti condannati, anche all'ergastolo, (n. 103.8) debbano essere predisposti programmi individuali di esecuzione della pena che prevedano la preparazione alla liberazione⁴¹.

Lo stesso principio è ribadito nell'art. 10 § 3 del Patto Internazionale ONU relativo ai diritti civili e politici⁴² che dispone espressamente che il sistema penitenziario ha lo scopo di correggere e riqualificare socialmente i detenuti.

La Corte Edu ricorda come la prassi degli stessi Stati contraenti rifletta la volontà di favorire il reinserimento sociale dei condannati all'ergastolo e la possibilità concreta di una liberazione anticipata.

³⁹ Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*: § 110. “Vari motivi spiegano che, per rimanere compatibile con l'articolo 3, una pena perpetua deve offrire sia una possibilità di liberazione che una possibilità di riesame”.

⁴⁰ Regola n. 6: “La detenzione deve essere gestita in modo da facilitare il reinserimento nella società libera delle persone che sono state private della libertà”.

⁴¹ Regola n. 103.8: “Un'attenzione particolare deve essere prestata al programma di trattamento e al regime dei condannati a vita o a pene lunghe”.

⁴² Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976.

In particolare viene richiamata la giurisprudenza delle giurisdizioni costituzionali tedesca e italiana in materia di reinserimento sociale e pene perpetue. Per quanto riguarda la giurisprudenza italiana viene preso in esame il contenuto delle sentenze 204/1974, 264/1974 e 274/1983 della Corte costituzionale⁴³ che in estrema

⁴³ Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*: § 72 “L’articolo 27 comma 3 della Costituzione italiana dispone che una pena non deve essere inumana e deve tendere alla rieducazione del condannato. La Corte costituzionale italiana ha emesso quattro importanti sentenze in merito a questa disposizione. In primo luogo, nella sentenza del 27 giugno 1974 (n. 204/1974) essa decise su una richiesta di liberazione condizionale rivolta da un detenuto al Ministro della Giustizia. Quest’ultimo aveva consultato il giudice di sorveglianza che, a sua volta, aveva rinviato la causa dinanzi alla Corte costituzionale per ricevere il suo parere sulla costituzionalità della legge sulla liberazione condizionale che conferiva al ministro il potere di concedere il beneficio. La Corte costituzionale dichiarò che, in virtù dell’articolo 27 comma 3 della Costituzione, il reinserimento sociale era lo scopo perseguito da qualsiasi pena e un diritto riconosciuto ad ogni detenuto. Essa concluse che la pena doveva essere riesaminata da un giudice piuttosto che un membro dell’esecutivo, al fine di stabilire se, visto il numero di anni trascorsi in carcere, questo scopo poteva essere raggiunto. Essa aggiunse che, fatto salvo il rispetto di alcune condizioni, la liberazione condizionale era essenziale per il raggiungimento di questo scopo. Nella sentenza (n. 192/1976) del 14 luglio 1976, che riguardava due ufficiali militari tedeschi che scontavano una pena perpetua per crimini commessi durante la Seconda guerra mondiale, essa giunse alla stessa conclusione per i condannati all’ergastolo detenuti nei carceri militari.

In secondo luogo, nella sentenza (n. 264/1974) emessa il 7 novembre 1974, essa decise su un rinvio della corte d’assise di Verona che le chiedeva se la pena dell’ergastolo permetteva il reinserimento del detenuto e se era compatibile con l’articolo 27 comma 3. Basandosi sul precedente del 27 giugno 1974, la Corte costituzionale concluse che esisteva una possibilità di liberazione condizionale anche per i condannati a vita e che le decisioni in materia dovevano essere prese non dall’esecutivo, ma dal giudice. Essa dichiarò che il reinserimento di un condannato a vita era possibile e che, pertanto, la prassi delle condanne a vita era compatibile con l’articolo 27 comma 3.

La terza sentenza (21 settembre 1983, n. 274/1983) riguardava una disposizione del diritto italiano che, all’epoca, permetteva la riduzione della pena di venti giorni per ciascun semestre di pena detentiva scontata, ma non si applicava ai condannati all’ergastolo. La Corte costituzionale giudicò questa disposizione incostituzionale, ricordando che l’articolo 27 comma 3 della Costituzione valeva per tutte le pene senza distinzione e che per principio la pena dell’ergastolo non poteva essere esclusa dal campo di applicazione della disposizione che autorizzava la riduzione delle pene (il cui scopo manifesto era quello di favorire il reinserimento). Questa sentenza ha avuto l’effetto di rendere le

sintesi affermano che la componente rieducativa della pena, e in particolare il reinserimento sociale del condannato, non possono mai venire meno anche in presenza dell'ergastolo (cfr. *supra*, cap. II, 4.3, 4.6).

Per questi motivi la Corte ritiene che la pena dell'ergastolo può essere compatibile con la CEDU qualora ci si doti di un meccanismo - giurisdizionale o amministrativo - di revisione dell'attuale necessità di prosecuzione dell'esecuzione della pena che tenga conto degli eventuali cambiamenti del detenuto e dei progressi “*sulla via del riscatto*”⁴⁴ da questi compiuti nel percorso riabilitativo.

Il meccanismo di revisione deve offrire concrete possibilità di liberazione al condannato una volta decorso un determinato periodo minimo di detenzione, che il singolo Stato può discrezionalmente quantificare (anche se la Corte Edu suggerisce agli Stati il termine di venticinque anni). Inoltre ogni Stato deve avere cura di predeterminare in maniera chiara le modalità e le tempistiche della revisione, esistendo un vero e proprio diritto per il condannato di conoscere il momento in cui il riesame della pena può aver luogo e può essere richiesto⁴⁵.

disposizioni sulla riduzione delle pene applicabili al periodo che un condannato a vita deve scontare prima di poter beneficiare della liberazione condizionale”.

⁴⁴ Cfr. Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*: § 119 “*Per i motivi sopra esposti, la Corte considera che, per quanto riguarda le pene perpetue, l’articolo 3 debba essere interpretato nel senso che esige che esse siano riducibili, ossia sottoposte a un riesame che permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l’esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione”.*

⁴⁵ Cfr. Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*: § 122 “*Un detenuto condannato all’ergastolo effettivo ha il diritto di sapere, sin dall’inizio della sua pena, cosa deve fare perché sia esaminata una sua possibile liberazione e quali siano le condizioni applicabili. Egli ha il diritto, in particolare, di conoscere il momento in cui il riesame della sua pena avrà luogo o potrà essere richiesto. Pertanto, quando il diritto nazionale non prevede alcun meccanismo né alcuna*

Nel caso concreto, la Grande Camera ha dichiarato la violazione dell'art. 3 CEDU in quanto ha ritenuto che il meccanismo di revisione dell'ergastolo previsto nell'ordinamento britannico, ossia il solo potere discrezionale del Segretario di Stato di concedere la grazia per condizioni di salute molto gravi, non fosse tale da offrire effettive possibilità di liberazione del condannato⁴⁶.

Si osservi come la sentenza *Vinter* della Grande Camera superi la posizione assunta dalla stessa nella sentenza *Kafkaris* del 2008 dove, in caso di ergastolo, si era ritenuto sufficiente per il rispetto dell'art. 3 CEDU la possibilità della grazia presidenziale su proposta del Procuratore Generale (cfr. *supra*, par. 3.1), pur in assenza di un meccanismo non discrezionale che permetta la revisione dello stato detentivo del condannato in relazione al risultato del suo percorso riabilitativo.

In *Vinter* la Grande Camera rinuncia all'interpretazione restrittiva dell'art. 3 CEDU adottata nel 2008 affermando chiaramente che l'ergastolo senza possibilità di revisione della pena è una violazione dei diritti umani, poiché l'impossibilità della scarcerazione è considerata un trattamento inumano e degradante⁴⁷. Questo orientamento è stato recentissimamente confermato nella sentenza *László Magyar c. Ungheria*⁴⁸ riguardante un cittadino ungherese condannato alla pena dell'ergastolo senza liberazione condizionale.

In questo caso il ricorrente lamenta il fatto di dover scontare una pena realmente perpetua, senza alcuna possibilità – *de facto* o *de iure* – di beneficiare

possibilità di riesame delle pene dell'ergastolo effettivo, la conseguente incompatibilità con l'articolo 3 decorre dalla data in cui la pena è stata inflitta e non in una fase successiva della detenzione".

⁴⁶ Cfr. A. SCARCELLA, "Fine pena mai": viola la CEDU, in *Cass. pen.*, n. 12/2013, p. 4670 - 4671.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Cfr. Corte Edu, Sez. II, 20 maggio 2014, *László Magyar c. Ungheria*; A. GALLUCCIO – S. LONGO, *Monitoraggio Corte Edu maggio 2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 ottobre 2014.

della liberazione condizionale o anticipata in quanto il potere di grazia del Presidente della Repubblica oltre ad essere discrezionale, non era mai stato concesso.

La Corte Edu sottolinea come sia necessario, per il rispetto degli standard convenzionali, prevedere una qualche forma di revisione della sentenza in modo da consentire preliminarmente al condannato di conoscere modalità e tempistiche per l'ammissione al rilascio anticipato.

Nel caso concreto, la Corte afferma che vi è stata una violazione dell'art. 3 CEDU per la mancanza di tale meccanismo di revisione.

A nostro avviso questa soluzione è la più aderente con il testo della Convenzione così come interpretato dalla stessa giurisprudenza della Corte Edu, perché tiene conto delle concrete (e non solo astratte) possibilità del soggetto condannato di poter essere rilasciato anticipatamente.

3.3.1. Il diritto alla speranza: la *concurring opinion* del giudice Power-Forde.

A margine della sentenza *Vinter* della Grande Camera, il giudice irlandese Ann Power-Forde redige una *concurring opinion* molto interessante in quanto si sostiene che la Corte Edu nella sua pronuncia abbia implicitamente affermato che dall'art. 3 CEDU discende un generale «*diritto alla speranza*».

Testualmente il giudice concorrente afferma che: “*la sentenza riconosce, implicitamente, che la speranza è un aspetto importante e costitutivo della persona umana. Gli autori degli atti più odiosi ed estremi che infliggono ad altri sofferenze indescrivibili conservano comunque la loro umanità fondamentale e hanno la capacità intrinseca di cambiare. Per quanto lunghe e meritate siano le pene*

detentive inflitte loro, essi conservano la speranza che, un giorno, potranno riscattarsi per gli errori commessi”⁴⁹.

Secondo il giudice irlandese i condannati all’ergastolo non dovrebbero essere interamente privati della speranza di poter uscire dal carcere e riscattarsi nel consorzio sociale. Impedire loro di nutrire tale speranza significherebbe negare un aspetto fondamentale della loro umanità e, pertanto, sarebbe degradante.

3.4. La conferma del nuovo orientamento nella sentenza *Öcalan c. Turchia*.

A conferma del nuovo orientamento, la Corte Edu, un anno dopo, torna nuovamente ad occuparsi della compatibilità con la Convenzione dell’ergastolo senza liberazione condizionale con la sentenza *Öcalan c. Turchia (n.2)* del 18 marzo 2014.

Essa ricopre un ruolo particolare nell’economia del nostro lavoro poiché la Corte analizza una disciplina molto simile alla pena dell’ergastolo “ostativo” presente in Italia

I profili di violazione dell’art. 3 CEDU lamentati dal ricorrente (fondatore e *leader* del Partito dei lavoratori del Kurdistan, movimento politico armato di stampo terroristico⁵⁰, meglio conosciuto come PKK), riguardavano da un lato la sua condizione detentiva e in particolare il suo trattenimento in isolamento; dall’altro lato la sua condanna all’ergastolo senza prospettiva di una libertà totale o parziale tramite

⁴⁹ Si rimanda all’intero testo della *concurring opinion* consultabile in Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*.

⁵⁰ Unione Europea, Stati Uniti, Turchia e Iran considerano il PKK un’organizzazione terroristica.

misure premiali e benefici penitenziari, trattamento penitenziario simile a quello previsto dall'art. 4-*bis* ord. penit. in Italia⁵¹.

E proprio quest'ultimo profilo è il più problematico. La Corte Edu richiama testualmente i principi già enunciati nella sentenza *Vinter*, secondo cui la pena perpetua non è *ex se* incompatibile con la CEDU, ma lo diventa nel momento in cui la legge non preveda un meccanismo di revisione della pena che valuti il venire meno delle legittime esigenze che la giustificavano.

Dunque la Corte dichiara all'unanimità la violazione dell'art. 3 CEDU rispetto alla pena dell'ergastolo ostativo inflitto a Öcalan, poiché, nel caso concreto, i giudici hanno ritenuto insufficiente la previsione di un rilascio immediato o differito da parte del Presidente della Repubblica in caso di malattia o in considerazione dell'età avanzata⁵².

Parimenti, la stessa Corte ha ritenuto insufficiente la prospettiva di un'eventuale legge di amnistia, dato che non è stato né dimostrato né sostenuto dal governo che tale progetto fosse in discussione⁵³.

⁵¹ A ragione si parla di *ergastolo ostativo*. Cfr. R. CASIRAGHI – S. ZIRULIA, *Monitoraggio Corte Edu marzo 2014, b) art. 3 CEDU, op. cit.*

⁵² Cfr. Corte Edu, Sez. II, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia (n.2)*: § 203 “*Par ailleurs, il est vrai que, selon le droit turc, en cas de maladie ou de vieillesse d'un condamné à perpétuité, le président de la République peut ordonner sa libération immédiate ou différée. Cependant, la Cour estime que la libération pour motif humanitaire ne correspond pas à la notion de « perspective d'élargissement » pour des motifs légitimes d'ordre pénologique*; Cfr. Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, § 129.

⁵³ Corte Edu, Sez. II, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia (n.2)* “*Il est également vrai qu'à des intervalles plus ou moins réguliers, le législateur turc adopte une loi d'amnistie générale ou partielle (dans ce dernier cas, la libération conditionnelle est accordée après une période de sûreté) afin de faciliter la résolution des grands problèmes sociaux. Toutefois, il n'a pas été soutenu ni démontré devant la Cour qu'un tel projet gouvernemental était en préparation et ouvrait au requérant une*

Questa pronuncia mette chiaramente in discussione la disciplina italiana dell'ergastolo ostativo.

Infatti, secondo le indicazioni della Corte, una pena detentiva a vita senza la possibilità di accedere ai benefici penitenziari e a forme di liberazione anticipata si configura come un trattamento inumano e degradante violando così l'art. 3 CEDU.

La sentenza *Öcalan* differisce dalla sentenza *Vinter* poiché la legislazione turca, nei casi più gravi, oltre a prevedere per l'ergastolano l'impossibilità ad accedere alla liberazione condizionale, preclude anche l'accesso agli altri benefici penitenziari, effetto che non si verifica nella legislazione del Regno Unito e che dunque non venne trattata in *Vinter*.

Questa pronuncia deve indurci a riflettere su quale potrebbe essere l'esito di una eventuale decisione della Corte Edu in relazione alla legislazione italiana sul trattamento penitenziario riservato all'ergastolano in regime di art. 4-*bis* ord. penit.

Come avremo modo di dimostrare più approfonditamente nella conclusioni del capitolo, a noi sembra che in una tale evenienza, la Corte accerterebbe la violazione dell'art. 3 CEDU

4. L'applicazione di questi principi alle procedure di estradizione.

perspective d'élargissement. La Cour doit s'attacher à la législation telle qu'elle est appliquée en pratique aux détenus condamnés à la peine de réclusion à perpétuité aggravée. Cette législation se caractérise par l'absence de tout mécanisme permettant de réexaminer, après une certaine période minimale de détention, la peine de réclusion à perpétuité infligée pour les crimes tels que ceux commis par le requérant dans la perspective de contrôler si des motifs légitimes justifient toujours son maintien en détention”.

Gli stessi principi affermati nelle sentenze che abbiamo appena analizzato si ritrovano poi nelle pronunce della Corte Edu riguardanti le procedure di estradizione.

In particolare, questo si verifica allorché venga richiesta, da parte di uno Stato non firmatario la Convenzione, l'extradizione di un soggetto esposto al rischio di essere sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU e in particolare al rischio di essere condannati alla pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata⁵⁴.

Come vedremo tra poco l'atteggiamento della Corte Edu in relazione alla compatibilità con l'art. 3 CEDU delle procedure di estradizione ha seguito lo stesso *iter* della giurisprudenza relativa alla pena dell'ergastolo senza liberazione condizionale.

4.1. Estradizione e pena dell'ergastolo senza liberazione condizionale: la sentenza *Harkins e Edwards c. Regno Unito*.

La sentenza *Harkins* è stata pronunciata dalla Corte di Strasburgo il 17 gennaio 2012, lo stesso giorno della sentenza *Vinter* emessa dalla Quarta sezione.

Chiaramente nella sentenza qui in commento trovano applicazione i principi già enunciati dalla Quarta sezione in *Vinter*⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. C. PARODI, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 CEDU: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, 14 maggio 2012, in www.penalcontemporaneo.it.

⁵⁵ Cfr. Corte Edu, Sez. IV, 10 aprile 2012, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*; C. PARODI, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 CEDU*, *op. cit.*

Nel caso di specie, la Corte Edu rigetta i ricorsi di due detenuti – uno cittadino britannico e l’altro statunitense – contro la decisione del Governo inglese di estradarli negli Stati Uniti, dove essi sarebbero stati esposti al rischio di subire una condanna all’ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata (*life imprisonment without parole* contemplato in molti ordinamenti statunitensi)⁵⁶.

La questione affrontata dalla Corte riguarda dunque la compatibilità con l’art. 3 CEDU dell’extradizione di un detenuto in uno Stato non parte della Convenzione nel quale egli sia esposto al rischio di essere condannato alla pena dell’ergastolo senza liberazione anticipata.

In altre parole ci si deve domandare se nel caso in esame sussista il diritto a non essere estradato in presenza di un rischio reale per il soggetto di essere sottoposto a trattamenti contrari al senso di umanità⁵⁷.

Sulla falsa riga degli argomenti affermati in *Vinter*, la Corte osserva che il suo compito primario è quello di verificare se l’inflizione della pena dell’ergastolo senza liberazione condizionale possa in sé considerarsi come “*gravemente e manifestamente sproporzionata*”.

Nel caso di specie il primo ricorrente (Harkins), era accusato di omicidio involontario commesso in Florida nel 1999 ai danni di un ventiduenne durante l’esecuzione di una rapina (c.d. *felony murder*). Arrestato negli Usa e rilasciato su cauzione nel 2002, venne arrestato un anno dopo nel Regno Unito a seguito di un incidente automobilistico che provocò la morte di una donna. Qualche mese dopo gli

⁵⁶ Cfr. F. VIGANO’, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU*, op. cit., p. 7 ss.

⁵⁷ D. FALCINELLI, *L’umanesimo della pena dell’ergastolo*, op. cit., p. 4.

Stati Uniti chiesero l'extradizione e, secondo il diritto penale della Florida, egli era soggetto alla pena obbligatoria dell'ergastolo *without parole*.

In questo caso la Corte esclude una sproporzione macroscopica della pena, poiché anche se si tratta di omicidio involontario, il ricorrente aveva utilizzato volontariamente una pistola carica per commettere una rapina commettendo un fatto di importante gravità.

Il secondo ricorrente (Edwards) era imputato di omicidio volontario commesso in Maryland all'età di diciannove anni ai danni di un uomo che lo aveva deriso per la sua bassa statura all'età di diciannove anni.

Per l'ordinamento del Maryland era prevista obbligatoriamente la pena dell'ergastolo con la facoltà per il giudice di escludere ogni possibilità di liberazione condizionale (*parole*).

Anche in questo caso la Corte esclude che la pena sia gravemente sproporzionata poiché il ricorrente era accusato di fatti di elevata gravità.

Secondo lo stesso schema adottato in *Vinter*, una volta escluso che l'inflizione della pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata costituisca una punizione inumana o degradante in quanto gravemente e manifestamente sproporzionata, il ricorrente, per essere vittima di un trattamento inumano, deve dimostrare che la protrazione della sua detenzione non è più aderente ad alcuno dei legittimi scopi della pena, e che non vi sia possibilità *de facto* o *de iure* di un rilascio anticipato.

La Corte Edu, anche su questo punto, rigetta le richieste dei ricorrenti poiché non è certo che, in futuro, l'esecuzione delle loro pene non potrà più giustificarsi in relazione agli scopi legittimi della pena.

Allo stesso modo, la Corte ritiene che non vi sia violazione dell'art. 3 CEDU, poiché non è affatto certo che se dovesse verificarsi tale situazione, i governatori di Florida e Maryland non faranno uso del potere discrezionale della grazia per liberare anticipatamente gli ergastolani⁵⁸.

4.2. Un nuovo atteggiamento in materia di estradizione dopo la sentenza *Vinter* della Grande Camera. La sentenza *Trabelsi c. Belgio*.

Alla luce dei nuovi principi espressi dalla Grande Camera nel 2013 dalla sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito*, la Corte Edu, più di un anno dopo, torna a occuparsi dei rapporti tra estradizione ed ergastolo senza liberazione condizionale con la recente pronuncia *Trabelsi c. Belgio*⁵⁹ cambiando orientamento rispetto alla sentenza *Harkins* del 2012.

Il ricorrente è un cittadino tunisino (Nizar Trabelsi) arrestato in Belgio nel 2001 per sospetta attività terroristica⁶⁰ poi condannato nel 2003 a dieci anni di reclusione per aver progettato un attentato per far esplodere una base militare.

Nel 2008 gli Stati Uniti chiedono l'extradizione del condannato dopo aver emanato un mandato di arresto poiché nella sua abitazione era stata rinvenuta una mappa particolarmente dettagliata dell'ambasciata statunitense a Parigi.

⁵⁸ Cfr. F. VIGANO', *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU*, op. cit., p. 10.

⁵⁹ Cfr. C. PARODI, *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e art. 3 CEDU*, 3 novembre 2014, in www.penalecontemporaneo.it; Corte Edu, Sez. V, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*.

⁶⁰ In particolare il soggetto condannato era stato trovato illegalmente in possesso di armi ed esplosivi, oltre a detenere passaporti e documenti falsi.

Il Belgio decide di concedere l'extradizione ma il ricorrente si oppone alla richiesta e propone appello poiché secondo la sua difesa sussisteva il rischio di essere condannato all'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata negli Stati Uniti, realizzandosi così una violazione dell'art. 3 CEDU da parte del Belgio.

Nel 2011 Trabelsi fa ricorso alla Corte Edu chiedendo alla stessa di adottare una misura provvisoria *ex art. 39 CEDU* per sospendere il procedimento di estradizione. La misura provvisoria, pur in presenza dell'opposizione del Belgio, viene accolta.

Tuttavia nell'ottobre 2013 il Belgio decide di estradare Trabelsi violando intenzionalmente la misura interinale adottata dalla Corte, così che quest'ultima è costretta a giudicare il comportamento del Belgio a estradizione avvenuta.

Applicando i principi ormai consolidati dalla giurisprudenza a partire dal caso *Vinter*, la Corte in primo luogo verifica se la pena dell'ergastolo è manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità del fatto, escludendo tale ipotesi tenuto conto dell'estrema gravità dei fatti di terrorismo contestati al ricorrente.

In secondo luogo verifica se sussistono prospettive concrete di liberazione anticipata attraverso meccanismi di revisione della pena con modalità e tempi che il condannato deve conoscere già al momento della condanna nel caso in cui vengano meno le ragioni che legittimano la pena attraverso meccanismi di revisione della pena.

In questo caso la Corte dichiara che l'extradizione del ricorrente verso gli Stati Uniti viola l'art. 3 CEDU⁶¹ ritenendo insufficienti le rassicurazioni del governo

⁶¹ Corte Edu, Sez. V, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*: § 109. “*The Government also contended that the US system met the requirements specified by the Court in its aforementioned Vinter and*

statunitense secondo cui l'irrogazione di una sentenza di ergastolo non è obbligatoria per casi analoghi a quelli del soggetto interessato, e che comunque sussistono possibilità di essere rilasciati anticipatamente tramite la grazia del Presidente degli Stati Uniti.

Rimanendo fedele al suo orientamento la Corte ritiene che le possibilità di liberazione anticipata siano esigue nella realtà dei fatti e comunque non consentirebbero al condannato di conoscere già al momento della condanna i tempi e le modalità della stessa liberazione anticipata.

E' da evidenziare come la Corte non risparmi pesanti critiche al Belgio per aver abbassato irreversibilmente il livello di tutela garantito dall'art. 3 CEDU e reso inutile ogni riscontro in merito alla violazione della Convenzione dal momento che il ricorrente al momento del giudizio era già stato estradato verso uno Stato non contraente, dove sarebbe stato probabile che il condannato potesse essere sottoposto a un trattamento contrario alla CEDU⁶².

Others judgment, which, they stressed, had concerned mandatory life sentences, and not discretionary ones as in the present case. A Presidential pardon was a known measure which was therefore foreseeable under the legislation, and an appropriate measure which was broad enough to provide certain legal prospects of release to prisoners serving whole-life sentences. That having been said, it was also important to note that the US system was different from that of the United Kingdom. Unlike in the UK, a person convicted in the United States could apply for a pardon or a commutation of his sentence at any time. The duration or nature of the sentence was irrelevant. A convicted person could submit an unlimited number of applications. The procedure required prior assessment by the Pardon Attorney, who operated within the Department of Justice, and who provided a non-binding opinion to the President taking account of the circumstances of the offence and the applicant's character".

⁶² Cfr. C. PARODI, *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e art. 3 CEDU*, op. cit.

CONCLUSIONI

L'obiettivo iniziale era quello di verificare, attraverso l'analisi della disciplina normativa e della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, la legittimità costituzionale del c.d. *ergastolo ostativo*.

Con tale espressione, si intende riferirsi alla situazione in cui viene a trovarsi il soggetto che sia stato condannato all'ergastolo per uno dei delitti previsti dalla c.d. 'prima fascia' dell'art. 4-*bis* ord. penit., riguardanti perlopiù il crimine organizzato, che non abbia prestato collaborazione ex art. 58-*ter* ord. penit. In questo caso non è possibile accedere alla liberazione condizionale e ai benefici penitenziari a patto che non si collabori con la giustizia.

E' stato evidenziato come una simile disciplina ponga non pochi problemi in relazione a due profili di rilevanza costituzionale: il principio rieducativo e il principio del divieto di pene o trattamenti inumani e degradanti.

Per quanto riguarda la compatibilità dell'ergastolo ostativo con il principio rieducativo sancito dall'art. 27 co. 3 Cost., sono state analizzate le più importanti sentenze della Corte costituzionale e della giurisprudenza di merito.

In particolare la discutibile sentenza 135/2003 della Corte costituzionale, ponendo la collaborazione al centro del dibattito sull'ergastolo ostativo, ha considerato la preclusione all'accesso alla liberazione condizionale posta dall'art. 4-*bis* ord. penit. in relazione all'ergastolo come non assoluta poiché, in caso di collaborazione oggettivamente esigibile, il condannato può cambiare idea e decidere di collaborare, ponendo fine al carattere effettivamente perpetuo dell'ergastolo senza

liberazione condizionale. La Corte ha così affermato la compatibilità dell'ergastolo ostativo con il principio rieducativo.

Apparentemente questa sentenza non tiene conto del reale contenuto del principio rieducativo. Non si discute che la rieducazione del condannato possa e debba manifestarsi soprattutto con atti concreti e visibilmente percepibili come può essere prestare un'utile collaborazione, laddove questa sia esigibile.

Si ricorda come i reati contemplati dall'art. 4-*bis* ord. penit. riguardino soprattutto l'ambito dell'associazione mafiosa, ed è comprovato che la collaborazione con la giustizia di un condannato sia indice di un definitivo distacco dall'associazione criminale di appartenenza. Non c'è dubbio che la collaborazione sia un criterio esteriorizzato di accertamento dello scioglimento del sodalizio criminale.

Il contenuto del principio rieducativo non può, però, ridursi in questi casi all'equazione collaborazione uguale rieducazione.

Il ravvedimento del condannato può verificarsi anche in assenza di collaborazione qualora il soggetto sia determinato a sciogliere i collegamenti con l'associazione criminale di provenienza e di conseguenza sia determinato a osservare, per il futuro, le norme che regolano la convivenza civile.

Sicuramente una componente rilevante del principio rieducativo consiste nel ravvedimento del condannato, inteso come determinazione a non commettere più alcun delitto, che può sussistere anche nel caso in cui non si collabori. Ci sono molti casi di ergastolani in regime di art. 4-*bis* ord. penit. che potrebbero essere reinseriti nel tessuto sociale in quanto hanno seguito un percorso di rieducativo che li ha portati alla convinzione di aderire alle regole del consorzio civile.

Questo discorso vale, a maggior ragione, poiché la scelta di non collaborare con la giustizia, non è sempre da considerarsi come un indicatore di attuali collegamenti con l'associazione criminale di appartenenza. Infatti, come abbiamo potuto constatare, sussistono delle ipotesi in cui richiedere la collaborazione al condannato è problematico.

In primo luogo si evidenzia come la decisione di non collaborare possa essere l'effetto del timore del condannato di subire gravi ritorsioni ai danni dei suoi familiari. Soprattutto in ambiente mafioso, la minaccia ai collaboratori di giustizia è una pratica molto diffusa.

Per superare questo primo ostacolo alla collaborazione andrebbe rafforzato il programma di protezione dei collaboratori di giustizia e dei suoi familiari che spesso ha fallito il suo compito venendo, in certi casi, rifiutato dagli stessi collaboratori (cfr. *supra*, cap. III, par. 5.4.1.1).

Un secondo profilo che rende difficile la collaborazione riguarda il comune rifiuto alla delazione da parte dei detenuti, vista come una forma di scambio per ottenere un regime penitenziario più mite.

Infine va considerato un terzo aspetto, prettamente tecnico-giuridico, riguardante il principio *nemo tenetur se detegere*, corollario del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., che garantisce il diritto di non collaborare in sede processuale.

Questa regola processuale non sembra essere rispettata nei reati di cui all'art. 4-bis ord. penit., e nella fase di esecuzione penale sembra vigente il brocardo *carceratus tenetur alios detegere*. In questo modo il diritto al silenzio garantito in

fase processuale per tali delitti si tramuta nella fase esecutiva della pena in un onere di collaborare per evitare un aggravio del proprio trattamento penitenziario.

Quello che si è voluto mettere in evidenza in questo lavoro, rispetto al principio rieducativo, è che se nella maggioranza dei casi la mancata collaborazione è indice di una scelta di permanere nell'associazione, in alcuni casi, che non possono essere trascurati, la mancata collaborazione potrebbe convivere con il distacco dall'associazione criminale di provenienza, frutto di una reale volontà del condannato di recidere per sempre i rapporti di appartenenza.

In questo senso diventa intollerabile la mancata concessione dei benefici penitenziari e della liberazione condizionale per gli ergastolani condannati per uno dei reati contemplati dall'art. 4-*bis* ord. penit., se è possibile dimostrare altrimenti l'avvenuto distacco del condannato dall'organizzazione criminale di appartenenza.

Per superare la presunzione *assoluta* di non rieducazione posta dall'art. 4-*bis* ord. penit. in assenza di collaborazione, e dunque l'impossibilità di accedere ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale, la Commissione Palazzo nel 2013 ha proposto una ragionevole modifica dello stesso articolo (poi non tramutata in legge) con il dichiarato intento di eliminare casi in cui tale disposizione risulti insuperabile mostrando tutta la sua drammaticità in caso di condanna all'ergastolo.

Con questa proposta, si voleva trasformare la *presunzione assoluta* di insussistenza dei requisiti che consentono l'accesso del detenuto ai benefici penitenziari di non rieducazione in *presunzione relativa* e in quanto tale superabile, con adeguata motivazione, dal magistrato di sorveglianza.

La decisione sulla rieducazione del condannato sarebbe stata così non più affidata ad un meccanismo automatico, ma alla magistratura di sorveglianza che

potrà tenere conto di altri fattori indice di sicuro ravvedimento, al di fuori della collaborazione con la giustizia.

Sembra plausibile sostenere che questa sia la strada da seguire per rendere compatibile l'art. 4-*bis* ord. penit. con il principio rieducativo, poiché tiene conto del suo reale contenuto.

Non si può, infine, non segnalare che il 23 dicembre 2014 il Governo ha presentato un disegno di legge contenente una norma che prevede l'eliminazione di automatismi e preclusioni che, per determinate categorie di reati impediscono la revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati all'ergastolo⁶³.

Il riferimento all'ergastolo ostativo è molto chiaro e probabilmente, se l'iter del d.d.l. andrà a buon fine, ci sarà un intervento sull'art. 4-*bis* ord. penit. nella stessa direzione della “proposta Palazzo”.

Ciò detto bisogna però aggiungere, a nostro avviso, un'ulteriore considerazione. Pare cioè che, se anche si ritenesse che l'attuale disciplina del 4-*bis* ord. penit. sia compatibile con il principio di rieducazione, occorra ‘fare i conti’ con il divieto di trattamenti inumani e degradanti: bisogna cioè chiedersi se una condanna all'ergastolo priva di *chances* di liberazione, indipendentemente dall'avvenuto distacco con l'organizzazione criminale, sia compatibile con tale divieto.

A proposito, per valutare la compatibilità dell'ergastolo ostativo con il principio del divieto di pene o trattamenti inumani e degradanti, diviene fondamentale confrontarsi, come abbiamo già evidenziato nelle pagine precedenti, con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

⁶³ Disegno di legge n. 2798/2014.

L'attenzione della Corte Edu si è concentrata sull'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale in relazione alla sua compatibilità con l'art. 3 CEDU che prescrive il divieto di pene e trattamenti inumani.

Inizialmente, con la sentenza del 2008 *Kafkaris c. Cipro*, la Grande Camera precisò che la Convenzione non attribuisce un generale diritto alla liberazione condizionale o a un meccanismo di revisione della pena tramite un provvedimento di un'autorità nazionale, anche se l'esistenza di tale meccanismo va presa in considerazione per valutare nel singolo caso la compatibilità dell'ergastolo con l'art. 3 CEDU. Nel caso specifico si ritenne sufficiente per il rispetto della Convenzione, la possibilità di grazia da parte del Presidente della Repubblica cipriota.

Successivamente si è visto come, nel 2013, la Grande Camera cambiò orientamento statuendo, in relazione alla legislazione britannica, che l'ergastolo senza possibilità di revisione della pena è una violazione dei diritti umani, poiché l'impossibilità alla scarcerazione integra un trattamento degradante e inumano contro il detenuto, condannato in via definitiva alla pena a vita.

E' bene ricordare come nel caso concreto la legislazione britannica prevedeva in caso di ergastolo, la sola possibilità di ricevere la grazia con un atto discrezionale del Segretario di Stato per gravi condizioni di salute.

Orientamento poi confermato un anno dopo dalla sentenza *László Magyar c. Ungheria* riguardante un cittadino ungherese condannato alla pena dell'ergastolo senza liberazione condizionale.

La Corte affermò la necessità, in caso di condanna all'ergastolo, di prevedere una qualche forma di revisione della sentenza in modo da consentire

preliminarmente al condannato di conoscere modalità e tempistiche per l'ammissione al rilascio anticipato.

Ma lo spunto più interessante per verificare la legittimità dell'ergastolo ostativo rispetto alle norme convenzionale risiede senza ombra di dubbio nella sentenza *Öcalan c. Turchia* (n.2) del 18 marzo 2014.

La Corte si trovò a dover vagliare la legittimità convenzionale dell'ergastolo ostativo in Turchia, legislazione che può prevedere la pena dell'ergastolo senza prospettiva di una libertà totale o parziale tramite misure premiali e benefici penitenziari, disciplina che prevede le stesse preclusioni poste dall'art. 4-*bis* ord. penit.

Anche in questo caso, come per la sentenza *Vinter*, la Corte afferma l'illegittimità di una legge che non preveda un meccanismo di revisione della pena che valuti il venire meno delle legittime esigenze che la giustificavano, affermando la violazione dell'art. 3 CEDU da parte della Turchia.

Alla luce del quadro delineato dalla Corte Edu e soprattutto alla luce della sentenza *Öcalan* siamo in grado di proporre qualche spunto di riflessione al lettore in relazione alla legittimità dell'ergastolo ostativo in Italia.

La legislazione italiana differisce da quella turca poiché le preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale sono automatiche e non dipendono dall'ulteriore elemento dell'assenza di collaborazione, per cui i due casi sono leggermente diversi.

Come si comporterebbe la Corte Edu, alla luce della sua consolidata giurisprudenza, nel caso in cui dovesse decidere della compatibilità con l'art. 3 CEDU della pena dell'ergastolo in regime di art. 4-*bis* ord. penit.?

Una prima ed elementare considerazione che porta a dubitare seriamente della legittimità convenzionale dell'ergastolo ostativo, e dunque costituzionale per effetto dell'interposizione dell'art. 117 Cost., risiede nelle ultime decisioni della stessa Corte Edu.

Le sentenze *Vinter* della Grande Camera, *László Magyar* e *Öcalan*, sono molto chiare nel richiedere, in caso di condanna all'ergastolo, un meccanismo di revisione della sentenza in modo da consentire al condannato di poterne *conoscere anticipatamente* modalità e tempi.

Nell'ordinamento italiano la mancata collaborazione è insuperabile, manca perciò tale meccanismo periodico di revisione che tenga conto del ravvedimento del condannato che permetta di riconoscere al condannato all'ergastolo per i reati di "prima fascia" contemplati dall'art. 4-*bis* ord. penit., in caso di reale ravvedimento, i benefici penitenziari e la liberazione condizionale.

Come si è già detto a proposito del principio rieducativo, in questo caso la collaborazione opera come una *preclusione assoluta* e come tale superabile solo con la condotta richiesta.

Anche laddove questa disciplina potesse essere considerata compatibile con l'art. 3 CEDU, poiché la decisione di non collaborare è una libera scelta dello stesso condannato che in ogni momento potrebbe mutare il suo regime penitenziario, ci si chiede se per rispettare il divieto di pene o trattamenti inumani e degradanti non debba porsi un limite entro il quale la detenzione deve necessariamente cessare.

In altre parole, nessuno vuole negare che i soggetti condannati all'ergastolo per questi gravissimi reati, che non abbiano collaborato, non portino con sé una cifra di intrinseca pericolosità non avendo apertamente reciso il legame con l'associazione

criminale di appartenenza e che sussistano comprensibili esigenze di prevenzione speciale a legittimare la pena.

Allo stesso tempo, però, si può ritenere che per rispettare il divieto di pene inumane sancito dall'art. 3 CEDU e dall'art. 27 co. 3 Cost., prima parte, una pena in nessuno caso, nemmeno per l'ergastolano non collaborante, possa essere di durata nei fatti indefinita così come accade per l'ergastolo ostativo.

Sono molto frequenti casi di ergastolani che passano in carcere più di quaranta anni e ci si chiede se pene detentive così lunghe e soprattutto indefinite possano essere in armonia con la Costituzione, la CEDU e le numerose convenzioni stipulate dall'Italia in materia di diritti umani.

Per superare questo problema, crediamo che dovrebbe essere necessario valutare l'opportunità di un intervento normativo sugli artt. 17 e 22 c.p., che abroghi la pena dell'ergastolo sostituendola con la pena della reclusione c.d. *speciale* di lunga durata che può oscillare tra i trenta e i quaranta anni. Con questo intento, sono stati depositati alcuni progetti di legge in Parlamento, di cui si è dato conto nel capitolo I, che tuttavia non sono ancora stati calendarizzati per la discussione in Aula: una discussione che, se mai ci sarà, è destinata ad essere probabilmente molto accesa, per la difficoltà che tale tipo di proposta sarebbe destinata ad incontrare in sede politica, ove, in nome della sicurezza sociale, non mancheranno le strumentalizzazioni di alcuni partiti.

Per quanto tempo ancora comparirà sul certificato dei detenuti “fine pena mai” non è dato a saperlo, di certo per molto tempo ancora il dibattito dottrinale e politico sarà vivo e molto acceso, alla strenua ricerca di far conciliare quelle tre semplici parole con la Costituzione e il suo terzo comma dell'art. 27: “*Le pene non*

possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”.

BIBLIOGRAFIA

ALTAVISTA G., *L'isolamento diurno e la sua applicazione nel codice penale e nel regolamento penitenziario*, in *Rass. stud. pen.* 1952, p. 89 ss.

ANASTASIA S. – CORLEONE F. (a cura di), *Contro l'ergastolo*, Roma, 2009.

ASCHIERI A., voce *Ergastolo* in *Il digesto italiano*, vol. X, Torino, 1898, p. 518 ss.

BALSAMO A. – TRIZZINO L., *La Corte Europea, l'ergastolo e il "diritto alla speranza"*, in *Cass. pen.*, n. 12/2013, p. 4672 ss.

BARTOLE S. – DE SENA P. – ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Assago, 2012.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973.

BERNARDI A., *Ergastolo: verso un'effettiva pluridimensionalità della pena perpetua?*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1984, p. 391 ss.

BERNARDI A., *L'orribile necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale*, in CORLEONE F. – PUGIOTTO A. (a cura di), *Il delitto della pena*, p. 86 ss.

BERNARDI E., *Ergastolo, semilibertà e liberazione anticipata*, in *Legislazione penale*, 1984, p. 126 ss.

BETTIOL G. – MANTOVANI L. P., in *Diritto penale. Parte generale*.

BETTIOL G., *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 1 ss.

BOCCHINI B., *L'accertamento della pericolosità* in GAITO A. (a cura di), *La prova penale*, Milanofiori Assago, 2008, p. 616 ss.

BOIDO A., *Art. 184 c.p.*, in RONCO M. – BARTOLOMEO M. (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2012, p. 1113 ss.

BOSIO Q. – TIMO C., *Art. 22 c.p.*, in MARINI G. - LA MONICA M. – MAZZA L. (a cura di), *Commentario al codice penale*, Torino, 2002, p. 306 ss.

BROLI L. – KING F., *Art. 22 c.p.*, in DOLCINI E. – MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milanofiori, Assago, 2011, p. 312 ss.

BRUNETTI C. – ZICCONI M., *Diritto penitenziario*, Napoli, 2010.

BRUNETTI C. – ZICCONI M., *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2005.

CABRI R., *La pena dell'ergastolo: storia, costituzionalità e prospettive di un suo superamento*, in *Riv. pen.*, 1990, p. 529 ss.

CALAMANDREI P., *Sulla nozione di “manifesta infondatezza”* in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, p. 164 ss;

CANEPA M. – MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1999.

CANEPA M. – MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010.

CARLOTTO I., *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Politica del diritto*, 2010, p. 41 ss. e in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, vol. III, Pisa, 1832.

CARNELUTTI F., *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, vol. I, 1956.

CARRARA F. (scritti di), *Contro la pena di morte*, Milano, 2001, p. 238 ss.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, parte generale, vol. II*, Lucca, 1877.

CASIRAGHI R. – ZIRULIA S., *Monitoraggio Corte Edu marzo 2014*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

CASSESE A., *Art. 10. Principi fondamentali*, in BRANCA G. (a cura di), in *Commentario della Costituzione*, 1978, p. 488 ss.

CESARI C. – GIOSTRA G., *Art. 4-bis*, in GREVI V – GIOSTRA G. – DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 47 ss.

CESARI C., *Art. 58-ter*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, in GREVI V. - GIOSTRA G. – DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 852 ss.

CESARI F., *Art. 4-bis ord. penit.*, in PAVARINI M. (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, 2002, p. 8 ss.

COMUCCI P., *Sulla natura trattamentale dei permessi di cui all'art. 30 ord. penit.*, in *Foro ambrosiano*, n. 4, Milano, p. 468 ss.;

CORVI P., *Trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, Assago, 2010.

D'AMICO S., *Il collaboratore della giustizia*, Roma, 1995.

DE MINICIS F., *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen e proc.*, 11/2014, p. 1273 ss.

DEGL'INNOCENTI L. – FALDI F., *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2012.

DEL COCO R., in CORSO P. (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, p. 175 ss.

DELLA BELLA A., *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012.

DELLA BELLA A., *Accesso ai benefici penitenziari per gli autori di reati sessuali*, in CORBETTA S., DELLA BELLA A., GATTA G. L., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 435 ss.

DELLA BELLA A., *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014.

DELLA CASA F., *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1998.

DI GENNARO G. – BREDI R. – LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1991.

DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

DOLCINI E., *Appunti su "criminalità organizzata" e reati associativi*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 263 ss.

DOLCINI E., *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in GREVI V. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.

DOLCINI E., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972. p. 345

DOLCINI E., voce *Codice Penale*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. II, 1988, p. 275.

DONATI F., *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Osservatorio sulle fonti*, 28 febbraio 2008.

ESPOSITO C., *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, p. 664.

EUSEBI L., *L'ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. e i benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?* in *Cass. pen.*, 2012, p. 1220.

FALCINELLI D., *L'umanesimo della pena dell'ergastolo. Ideologia e tecnica del diritto dell'uomo ad una pena proporzionalmente rieducativa*, in www.federalismi.it, febbraio 2013.

FALCONE G., *Intervento*, in AA.VV., *La legislazione premiale – Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano – Courmayeur, 1987, p. 228 ss.

FERRAJOLI L., *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 2, 1992, p. 79 ss.

FERRARI F. M., *L'estendibilità in sede esecutiva dei principi della sentenza Scoppola, tra flessibilità del giudicato penale ed osservanza della legalità convenzionale CEDU*, in www.europeanrights.eu, 15 giugno 2014.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010.

FIANDACA G., *Art. 27 Cost.*, in BRANCA G. – PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) Branca e Pizzorusso, Bologna, 1991, p. 346 ss.

FILIPPI L. – SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011.

FILIPPI L., *La novella penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere Penali e una controriforma che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea* in *Cass. pen.*, 2003, p. 24 ss

FIGLIOLI P., voce *Ergastolo, Premessa storica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Giuffrè, 1966, p. 223 ss.

FIGLIOLI F., *Emergenza carceri*, Varese, 2012.

FIGLIOLI F., *Permessi straordinari per la tutela del legame parentale tra minore e genitore detenuto: un'interpretazione secundum consuetudinem*, in *Giur. merito*, fasc. 6, p. 1664.

FIGLIOLI C., in MAZZA O. – VIGANO' F., *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, p. 396 ss.

FUSI A., *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2013.

GALLIANI D., *Umana e rieducativa? La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte Costituzionale*, in www.davidegalliani.it, 12 giugno 2014.

GALLO E., *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, fasc. 2, 1992, p. 65 ss.

GALLO E., *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, in *Giur. cost.*, vol. I, 1994, p. 1267 ss;

GALLUCCIO A. – LONGO S., *Monitoraggio Corte Edu maggio 2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 ottobre 2014.

GAMBARDELLA M., *I fratelli minori di “Scoppola” davanti al giudice dell’esecuzione per la sostituzione dell’ergastolo con la pena di trent’anni di reclusione*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2014, consultabile sul sito www.archiviopenale.it.

GATTA G. L., *Art. 184 c.p.*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milanofiori, Assago, 2011, p. 2127 ss.

GIANPAOLI S., *L’interdizione dai pubblici uffici e la retribuzione dei lavoratori*, in *La scuola positiva*, 1966, p. 436 ss.

GREVI V., *Riduzioni di pena e liberazione condizionale per i condannati all’ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 60 ss.

GREVI V., *Verso un regime progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia* in GREVI V. (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, p. 10 ss.

GROSSO C. F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013.

GUAZZALOCA B. – PAVARINI M., *L’esecuzione penitenziaria*, in BRICOLA F. – ZAGREBELSKY V. (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1995, p. 303 ss.

IOVINO F. P. C., *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995, p. 214.

JANNITTI PIROMALLO A., voce *Ergastolo*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1980, p. 659.

JUNG H., *Der Kronzeuge*, in *ZRP*, 1986, p. 36 ss.

LA GRECA G., *Art. 30*, in GREVI V. – GIOSTRA G. – DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 374 ss.

LA GRECA G., *Liberazione condizionale e criminalità organizzata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Foro.it*, 2002, I, p. 24.

LAMMER D., *Terrorbekämpfung durch Kronzeugen*, in *ZRP*, 1989, p. 248 ss.

LATTANZI G., *Art. 72, Codice penale: annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2008, p. 303 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Assago, 2013.

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012.

MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 487.

MATARRESE L. – ZIRULIA S., *Il governo presenta alla Camera un articolato pacchetto di riforme del codice penale, del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 gennaio 2015.

MEREU I. *Note sulle origini della pena dell'ergastolo*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 2, 1992, p. 95 ss.

MINO A., *Art. 72 c.p.*, in RONCO M – BARTOLOMEO R. (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2012, p. 616 ss.

MOCCIA S., *Prospettive non 'emergenziali' di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, in MOCCIA S. (a cura di),

Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, tra efficienza e garanzia, Napoli, 1999, p. 245 ss.

MORRONE A., *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. pen e proc.*, p. 1351 ss.

MUSCO E., in AA.VV., *La premialità nel diritto penale, La legislazione premiale – Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano – Courmayeur, 1987, p. 124 ss.

MUSUMECI C., *Ergastolo ostativo, la “pena di morte viva”* in www.carmelomusumeci.com.

MUSUMECI C., *L'urlo di un uomo ombra*, Smasher, 2013.

NOVELLI S., *Fonti nel diritto nazionale ed europeo a confronto nel dialogo tra le corti supreme*, in *Diritto e giurisprudenza*, n. 2/2012, p. 100.

NUVOLONE P., *Problemi di politica criminale e riforma dei codici*, in *L'Indice penale*, 1975, p. 1 ss.

ORLANDI E., *Il permesso di «necessità» nell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. merito*, fasc. 2, 2013, p. 404 ss.

PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2012.

PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 1992, p. 449 ss.

PADOVANI T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 529 ss.

PAGLIARO A., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1056-2008, Vol. II*, Milano, 2009, p. 905.

PALAZZO F. – PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013.

PALAZZO F., *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 febbraio 2014.

PALIERO C. E., *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, Milano, 2006.

PALIERO C. E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 727 ss.

PARODI C., *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e art. 3 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 novembre 2014.

PARODI C., *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 CEDU: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in www.penalcontemporaneo.it, 14 maggio 2012.

PASELLA R., *Diritto penale premiale e funzione della pena*, in *Diritto penale e sistema premiale*, Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale promosso dalla Fondazione “Avv. Angelo Luzzani”, Como, 26-27 giugno 1981.

PAVARINI M. – GUAZZALOCA B., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004.

PAVARINI M., *Art. 4-bis*, in GUAZZALOCA B. (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, p. 5 ss.

PAVARINI M., *Art. 58-ter*, in GUAZZALOCA B. (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, p. 203 ss.

PERONI F. – SCALFATI A., *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2006.

PETROCCELLI B., *La pena come emenda del reo*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. II, Milano, 1952, p. 346 ss.

PISA P., *Le pene accessorie: problemi e prospettive*, Milano, 1984.

PRESUTTI A., *Alternative al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale* in PRESUTTI A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, p. 81 ss.

PUGIOTTO A., *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in CORLEONE F. – PUGIOTTO A. (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, 2012, p. 118 ss.

PUGIOTTO A., *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in www.penalcontemporaneo.it, 5 marzo 2013.

PULITANO' D., *Diritto penale*, Torino, 2013, p. 514.

PULITANO' D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in AA.VV., *La legislazione premiale – Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano – Courmayeur, 1987, p. 75 ss.

RANIERI A., *Abolizione della pena di morte in Italia*, Napoli, 1883.

RIONDATO S., *Art. 22 c.p.*, in CRESPI A. – STELLA F. – ZUCCALA' G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2013.

RIVA B., *Art. 72 c.p.*, in DOLCINI E. – MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milanofiori, Assago, 2011, p. 1274 ss.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, vol. I*, Milano.

RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002.

RUGGERI A., *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte Edu, con significativi richiami a tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale* ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012, in *Consulta online, sez. Studi e commenti*, 2012, consultabile sul sito www.giurcost.org).

RUOTOLO M., *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, p. 359.

SALTELLI C., voce *Ergastolo*, in *Nuovo digesto italiano*, Torino, 1937-1940, p. 458 ss.

SAMMARCO A. A., *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. II, p. 871 ss.

SARTARELLI S., *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una contradictio in terminis ancora irrisolta. (In particolare riflessioni sulla sentenza n. 161/1997)*, in *Cass. pen.*, vol. II, 2001, p. 1356 ss.

SCACCIANOCE C., *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2013, consultabile sul sito www.archiviopenale.it.

SCARCELLA A., *“Fine pena mai”*: viola la CEDU, in *Cass. pen.*, n. 12/2013, p. 4662 ss.

SPASARI M., *Diritto penale e costituzionale*, Giuffrè, 1966.

STELLA F., *Il problema della prevenzione della criminalità*, in ROMANO M. – STELLA F. (a cura di), in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 30 ss.

TAMPIERI L., *I permessi premio e le norme in materia di permessi e licenze*, in FLORA G. (a cura di) *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario (l. 10.10.1986)*, n. 6639, Milano, 1987, p. 145 ss.

TIRELLI M., *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili* in DOLCINI E. – PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, vol. II*, Milano, p. 1258 ss.

ULPIANO E. D., *Digesto*, 48, 19, 8, 9.

VACCA O., *Evoluzione del pensiero criminologico sulla pena di morte (Da Cesare Beccaria al Codice Zanardelli)*, Napoli, 1984.

VIGANO' F., *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2012.

VIGANO' F., *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in www.penalcontemporaneo.it, 10 aprile 2012.

VIGANO' F., *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 maggio 2014.

VILLANI U., *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, Bari, n. 1/2008, p. 23 ss.

VIGANO' F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen., fasc. I*, 2007, p. 42 ss.

ZAGREBELSKY G., *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, 1974.

ZANARDELLI G., *Progetto del codice penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti. Relazione ministeriale, libro I*, in *Atti parlamentari della Camera dei Deputati*, Roma, 1887.

ZUCCALA' G., *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo*, in AA.VV. *Problema della rieducazione del condannato*, Atti del II Convegno di diritto penale, Cedam, Bressanone, 1963, pag. 70 ss.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Cass. pen., Sez. I, 24 maggio 1977, in *Giustizia penale*, 1977, II, c. 553.

Cass. pen., Sez. I, 6 dicembre 1977, in *Giustizia penale*, 1978, II, c. 77.

Cass. pen., Sez. I, 13 dicembre 1977, *Chiaiese* in *Cass. pen.* 1979, p. 1355.

Cass. pen., Sez. I, 15 febbraio 1978, *Serra* in *Cass. pen.*, 1979, p. 725.

Cass. pen., Sez. I, 3 marzo 1978, *Casaroli* in *Cass. pen.*, 1979, p. 1617.

Cass. pen., Sez. I, 31 gennaio 1992, n. 1123.

Cass. pen., Sez. V, 7 luglio 1993, n. 2594.

Cass. pen., Sez. I, 9 maggio 1994, si veda MARCENO' V. in *Cass. pen.*, 1995, p. 2278.

Cass. pen., Sez. I, 21 marzo 1995, si veda POLINI M. in *Cass. pen.*, 1996, p. 631.

Cass. pen., Sez. I, 21 marzo 2000, n. 2116.

Cass. pen. Sez. I, 4 ottobre 2007, n. 39531.

Cass. pen., Sez. I, 22 maggio 2008, n. 22760.

Cass. pen., Sez. I, 4 febbraio 2009, n. 9001.

Cass. pen., Sez. I, 27 marzo 2009, n. 13599.

Cass. pen., Sez. I, 1 dicembre 2009, n. 5005.

Cass. pen., Sez. I, 25 febbraio 2011, n. 20142.

Cass. pen., Sez. I, 25 febbraio 2011, n. 22072.

Cass. pen., Sez. I, 30 aprile 2014, n. 18206.

Cass. SS.UU. 16 giugno 1956, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 485 ss. con nota di DALL'ORA A.

Cass. SS. UU. penali, 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di BIGNAMI M., *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*.

Corte cost., 15 maggio 1963, n. 67.

Corte cost., 22 dicembre 1964, n. 115.

Corte cost. 10 luglio 1973, n. 118.

Corte cost. 24 giugno 1974, n. 264 con nota di PAVARINI M., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 262.

Corte cost. 22 novembre 1974, n. 264.

Corte cost. 14 aprile 1980, n. 50.

Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 23.

Corte cost. 21 settembre 1983, n. 274.

Corte cost. 2 luglio 1990, n. 313.

Corte cost. 7 agosto 1993, n. 306;

Corte cost. 28 aprile 1994, n. 168.

Corte cost. 1 marzo 1995, n. 68.

Corte cost. 4 giugno 1997, n. 161, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 121 ss., con nota di LONGO A., *Brevi osservazioni sui rapporti tra ergastolo e liberazione condizionale suggerite dalla sentenza n. 161/97*.

Corte cost. 20 luglio 2001, n. 273.

Corte cost. 24 aprile 2003, n. 135 con nota di MORRONE A., *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Diritto penale e processo*, 11/2014, p. 1351.

Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348.

Corte cost., 24 ottobre, n. 348.

Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230.

Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 239.

Trib. sorv. Perugia, 15 febbraio 2012.

Trib. sorv. Milano, 13 aprile 2000.

Trib. sorv. Milano, 20 febbraio 2006, in *Foro ambrosiano*, 2006 con nota di COMUCCI P.

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

Corte Edu, 6 maggio 1978, *Kotälla c. Paesi Bassi*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, Grande Camera, 26 ottobre 2000, *Kulda c. Polonia*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, 15 luglio 2002, Sez. III, *Kalashnikov c. Russia*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, 20 gennaio 2009, Sez. II, *Guvec c. Turchia*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, 11 giugno 2009, Sez. I, *S.D. c. Grecia*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, 17 gennaio 2012, Sez. IV, *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, 17 gennaio 2012, Sez. IV, *Vinter e altri c. Regno Unito*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, 10 aprile 2012, Sez. IV, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, 8 gennaio 2013, Sez. II, *Torreggiani e altri c. Italia*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, 18 marzo 2014, Sez. II, *Öcalan c. Turchia (n.2)*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, 20 maggio 2014, Sez. II, *László Magyar c. Ungheria*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.

Corte Edu, 4 settembre 2014, Sez. V, *Trabelsi c. Belgio*, disponibile su www.hudoc.echr.coe.int.